معركة الشريعة في الدستور

المفهوم والتطور التاريخي للمادة الثانية

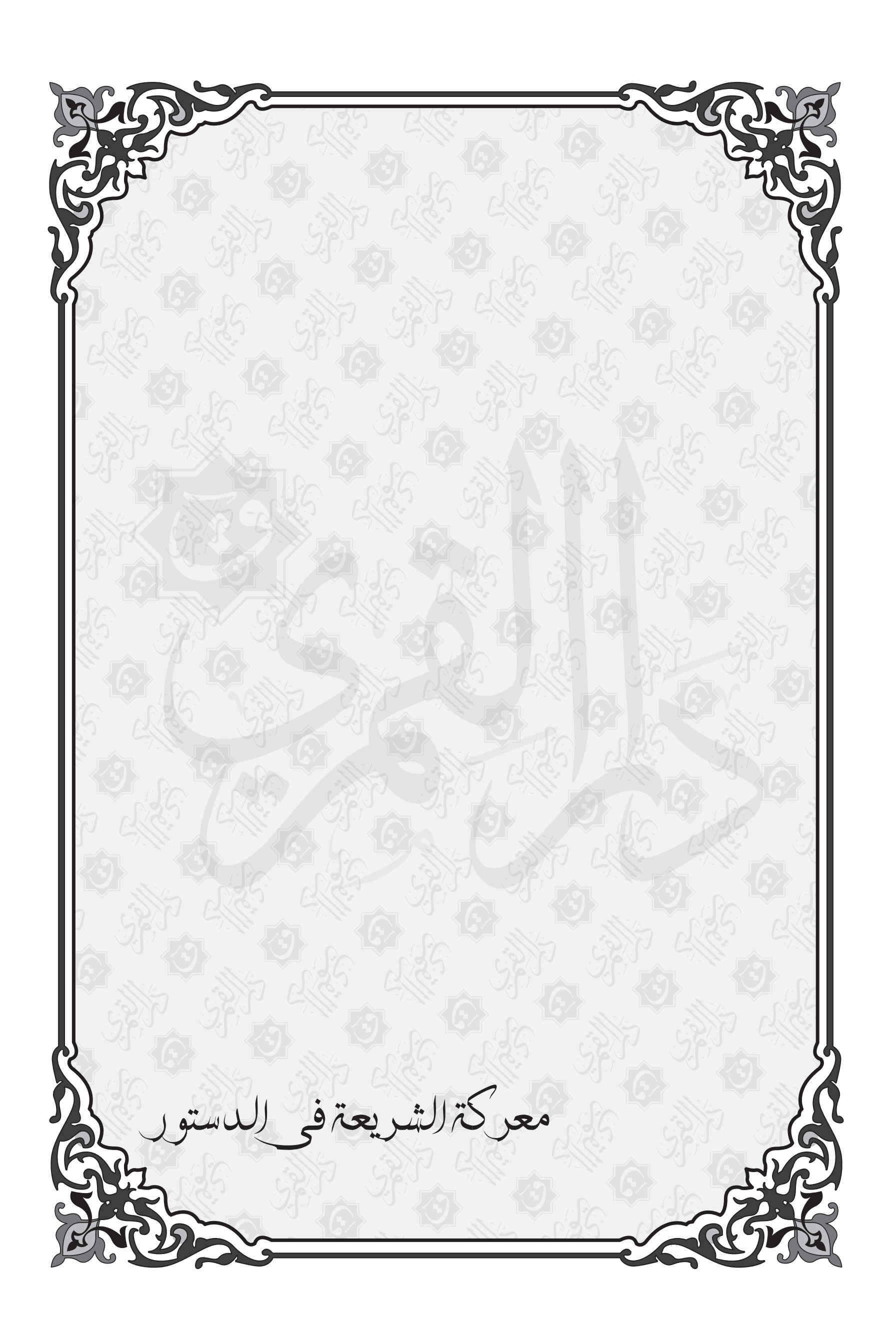
الشُبهات والمعوقات



محمد وفيق زين العابدين

القاضي بالمحاكم الابتدائية

دار اليسر للنشر والتوزيع



معركة الشريعة في الدستور

اســم الكتاب: معركة الشريعة في الدستور

اســم المؤلـــف: محمد وفيق زين العابدين

رقم الطبـعة: الأولى

الســــــنة: 2014 م / 1435 هـ

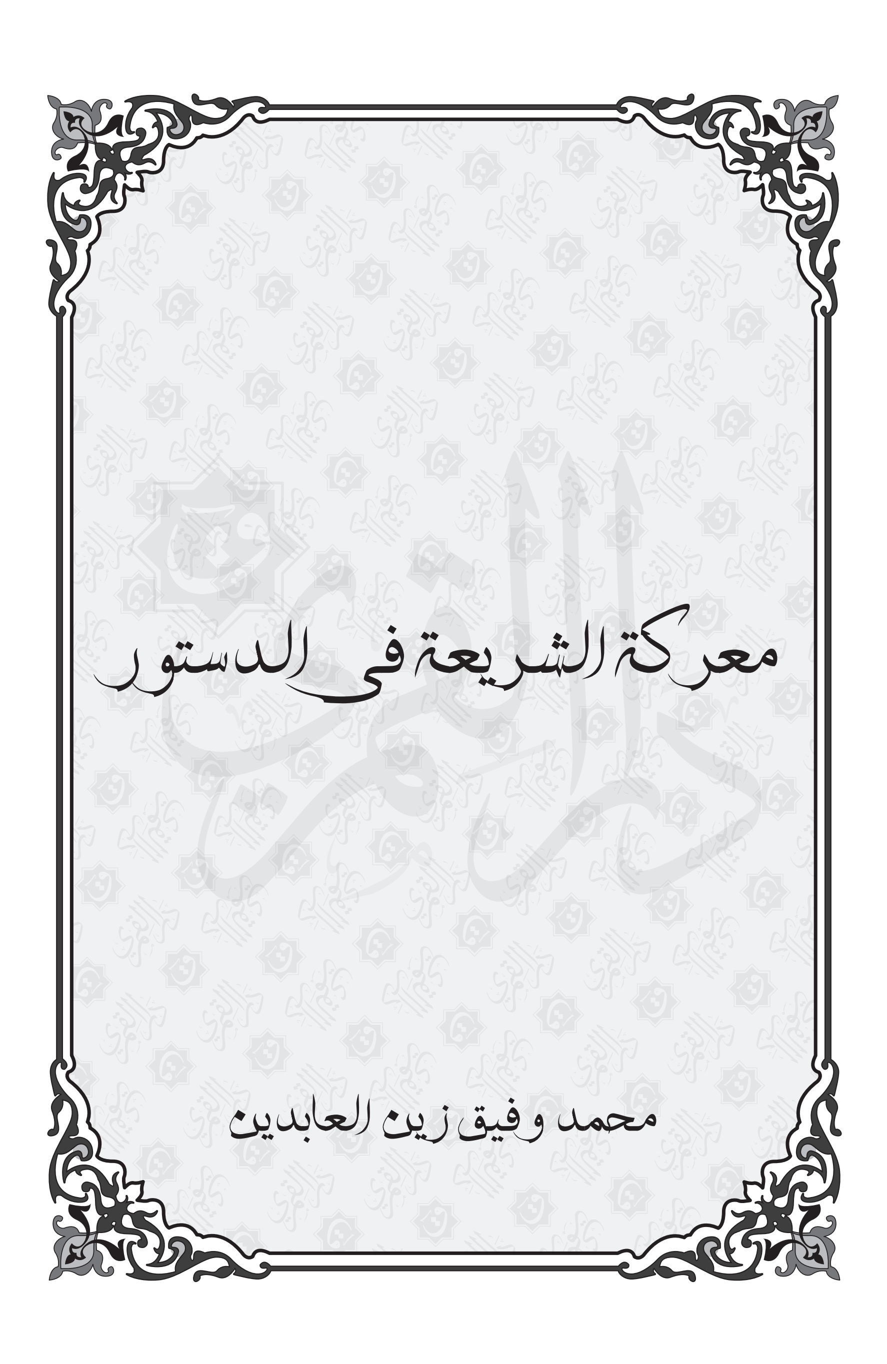
رقم الإيــداع: 2821 / 2014

عدد الصفحات: 160 صفحة

القيـــــاس: 14× 20 سم

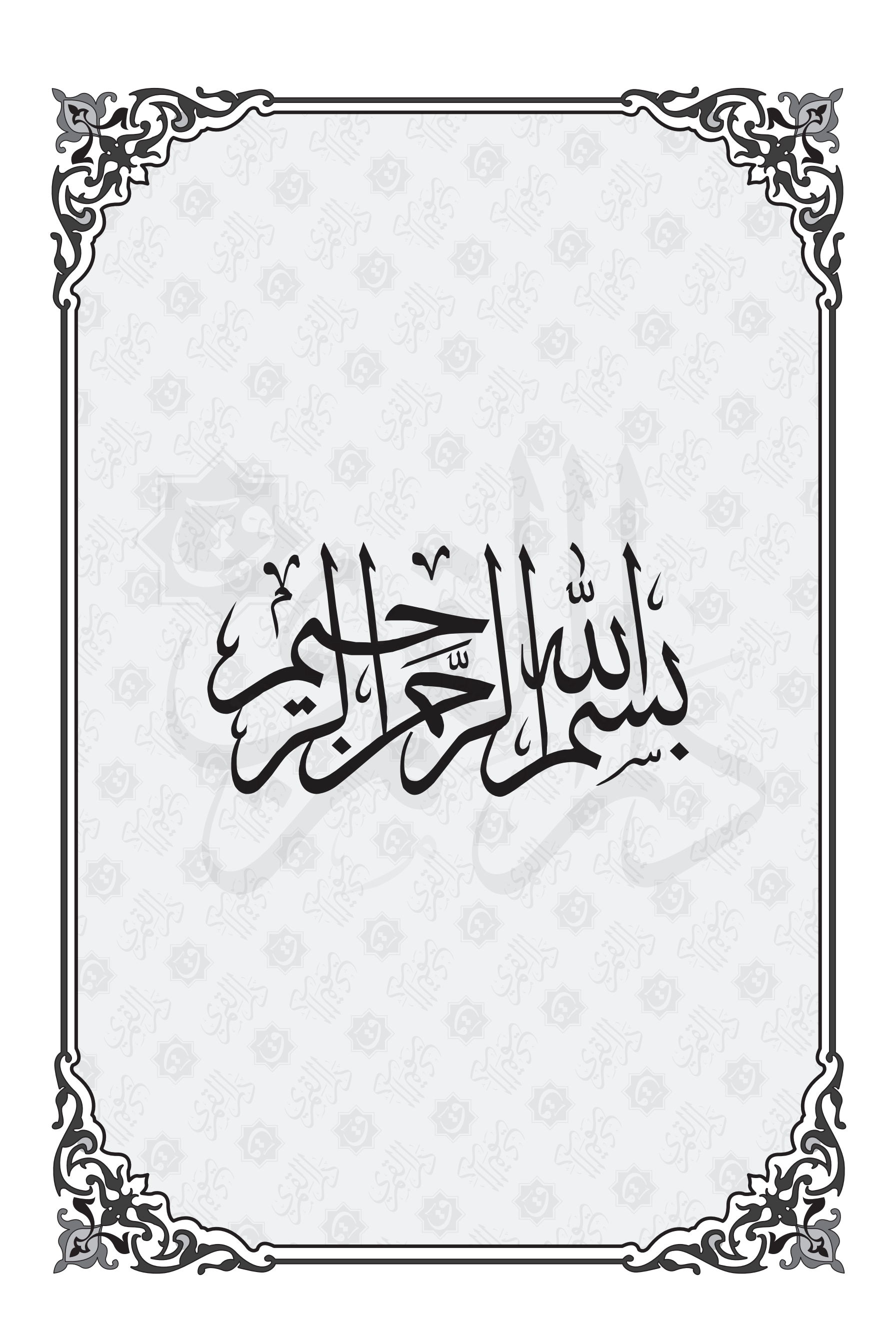


https://www.facebook.com/dar.alqimari
https://twitter.com/daralqimari
http://www.alqimari.com
info@alqimari.com
رمز بريدي: 11161 كود: 11511 ص.ب 113



معركة الشريعة في الدستور

محمد وفيق زين العابدين


بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

بسم الله، والصلاة والسلام على رسول الله،،

الحمد لله الذي رفع لنا في كل ثغر علمًا، وأجرى لنا في جوار كل بحر ما يضاهيه كرمًا، وجعل في هذه الأمة من المسلمين إلى اليوم من يزيد الناس علمًا ويمحو من الظلمات ظلمًا.. أما بعد،،

قال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]، وقال ﷻ: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ۚ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الأنعام: ٤٠]..

لقد عاشت مصر منذ الفتح الإسلامي لها في مستهل العقد الثالث من الهجرة النبوية المباركة في ظل الحكم الإسلامي، وظل أهلها منذ ذاك يحتكمون إلى شرع الله تعالى المتمثل في القرآن والسُّنة، والأحكام التي استمدت منهما باستعمال أصول الفقه وضوابطه وقواعده الكلية والجزئية التي وضعها الفقهاء المسلمون، مستلهمين الحلول من سوابقهم وسوابق أسلافهم والأشباه والنظائر

إذا لم يجدوا في كتاب الله تبارك وتعالى وسُنة نبيه ﷺ بُغيتهم، وقد اجتهدوا في ذلك أيما اجتهاد وصنفوا في أصول التقاضي والأحكام والدعاوى ما عجزت سائر الأمم عن الإتيان بمثله، بل سبقوا إلى تأصيل النظريات القانونية التي يُفاخر القانونيون المعاصرون بتأصيلها وذكرها في كتبهم.

وفي الجملة كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس والأوحد للأحكام لأكثر من ألف وثلاثمائة عام حتى نهاية القرن الماضي حين تزايد النفوذ الأجنبي الذي استهدف إقصاء الشريعة وإفساد المسلمين، فخلال سنوات من هذا النفوذ أُنشئت المحاكم المختلطة ووضعت لها بعض القوانين لتطبقها، وقد استمدت بصفة أساسية من القانون الفرنسي، وكان ذلك بدايةً لغزو تشريعي شامل واستمداد مجموعات كاملة من القوانين الأساسية - كقانون المرافعات والقانون المدني وقانون العقوبات وقانون التجارة - من مصدر أجنبي غير شرعي لا يتصل بانتماء البلاد الإسلامي ولا بخصائصها الثقافية والاجتماعية التي حددت ذاتية البلاد وهويتها الإسلامية بشكل واضح، وكان من الأولى أن تنعكس على القانون الذي يحكمها ويسود فيها.

لقد طغى في بلادنا الاستعمار السياسي والعسكري وجاءنا معه

الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي. . رحل الاستعمار العسكري والسياسي مُخلفًا الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي، ومع استسلام الشعوب الإسلامية لهذا النوع من الاستعمار ترسخت فكرة أن الأنظمة الثقافية والفكرية والتشريعية للدولة الغربية أفضل من النظام الإسلامي، بل صارت الأنظمة الغربية هي المقياس الحضاري الذي تُقاس عليه أنظمة الشريعة، وانتقلت هذه الفكرة من جيل إلى جيل، ووقفت حائلًا دون العودة إلى النظام الإسلامي.

ولم تكن معركة مرجعية الشريعة في الدستور المصري إلا مظهرًا من مظاهر هذا الصراع الثقافي والفكري والتشريعي، بل هي أهم مظاهره، فقد استمرت لنحو تسعين عامًا منذ دستور **١٩٢٣**م الذي أنشأ النص على أن: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية)، ولم يزل هذا النص بين زيادة ونقصان، شد وجذب، تأييد ومعارضة في كل تعديل دستوري يلحق بدستور مصر.

وهذا الكتاب ما هو إلا مساهمة في إماطة اللثام عن التطور التاريخي لمادة الشريعة في الدساتير المصرية المتعاقبة وتفسيرها وأثرها ومعوقات تفعيلها والشُبهات المُثارة حولها ودفعها، والله أسأل أن يوفقني لإتمام هذا العمل على الوجه الذي يحبه ويرضاه، فما كان من توفيق فمن الله ﷻ، وما كان من خطأ أو سهو أو نسيان

فمني ومن الشيطان، وكلٌ بقدر الله تعالى..

أسيرُ خلف ركاب النُجب ذا عرج

مؤملاً كشف ما لقيت من عوجِ

فإن لحقتُ بهم من بعد ما سبقوا

فم لرب الورى في ذاك من فرجِ

وإن بقيت بظهر الأرض منقطعًا

فما على عرج في ذاك من حرج



المبحث الأول

الشريعة الإسلامية بأقلام مفكرين غربيين[1]

لكل قانون طبيعته وسماته وخصائصه التي تميزه عن غيره من القوانين، وهذه السمات والخصائص تُستمد بصفة أصلية من عنصرين:

الأول: شخصية واضعيه والعوامل النفسية والاجتماعية التي تؤثر في سلوكهم.

الثاني: طبيعة المجتمع الذي يُنظم القانون العلاقة بين أفراده ويُوضع لحفظ أمنه ورعاية مصالحه.

ولأجل ذلك فمهما ارتقى القانون فإنه لن يكون حلًا أو علاجًا إلا بأثرٍ محدود أو فترة معينة، لأن فلسفته في النهاية منوطةٌ بعقول البشر القاصرة وبأفهامهم المحدودة المشوبة بتسلط الهوى والشهوة،

---

(١) مصطلح (غربي) من باب التقسيم الحضاري، وهو يشمل غير المسلمين سواء كانوا أوربيين أو أمريكيين أو حتى شرقيين، وإنما استخدمت تعبير (غربيين) من باب الغالب فقط كما جرت عادة الكُتاب مؤخرًا في الاستشهاد بأقوال غير المسلمين.

وهنا تبرز مكانة التشريع الإسلامي الذي هو من صنع خالق البشر الأعلم بأحوالهم وما فيه صلاحهم وأدرى بما تؤول إليه عاقبة أمرهم، وهذا ما يجعل هذا التشريع ضربًا فريدًا مُعجزًا من التشريعات والقوانين التي لم تعرفها البشرية من قبل ولن تعرفها بعدُ، إذ لا تتحكم في سنها الآراء، ولا تعبث في وجهتها الأهواء، وكلما ارتقى الناس في حياتهم وتقدمت حضارتهم تجلت قواعد الشريعة من نواحٍ خمس:

الأولى: خصائصها والأسس التي قامت عليها من حيث الثبات والدوام والعمومية وتكامل قيمها ومبادئها.

الثانية: المقاصد والغايات التي استهدفتها لرفع أسباب التخاصم والتنازع في المقام الأول ثم لتحقيق العدالة المطلقة بين الناس.

الثالثة: المصادر المتنوعة التي استمدت منها أحكامها متمثلةً في القرآن والسُّنة فالإجماع والقياس والعرف ثم مذاهب الصحابة والاستصحاب والمصالح المرسلة والاستحسان وشرع من قبلنا ما لم يخالف شرعنا.

الرابعة: الأحكام التي جاءت بها سواء من القرآن الكريم أو السُّنة المطهرة مباشرةً أو ما استمد منهما باستعمال أصول الفقه

وضوابطه وقواعده الكلية والجزئية التي وضعها الفقهاء المسلمون.

الخامسة: اختلافات الفقهاء وتنوع مذاهبهم على نحو يُثري التشريع بالحلول المتعددة حتى في أحدث النوازل وأعقد القضايا، مستلهمين إياها من سوابقهم وسوابق أسلافهم والأشباه والنظائر إذا لم يجدوا في كتاب الله تبارك وتعالى وسُنة نبيه ﷺ بُغيتهم، وقد اجتهدوا في ذلك أيما اجتهاد على نحو عجزت سائر الأمم عن الإتيان بمثله.

وقد انتبه الفلاسفة الغربيون وفقهاء القانون العالميون لمقومات الشريعة الإسلامية فنضحت مؤلفاتهم بانبهارهم، ولم يتمالكوا التصريح في مؤتمراتهم بعلو كعبها في المجال التشريعي، وأنها السبيل لخلاص البشرية البائس من ويلات القانون الوضعي وتبعاته المُجحفة.

يقول الأستاذ برنارد شو George Bernard Shaw - الفيلسوف والروائي الإنكليزي المعروف (١٨٥٦ : ١٩٥٠م): (لا بد أن تعتنق الإمبراطورية البريطانية النظم الإسلامية قبل نهاية هذا القرن، ولو أن محمدًا بُعث في هذا العصر وكان له التحكم في هذا العالم الحديث لنجح تمامًا في حل جميع المشاكل العالمية وقاد العالم إلى السعادة والسلام)[١].

---

(١) حكمة التشريع وفلسفته (١/ ٢٦).

ويقول بيولا كازيلي Piola Caselli- أحد أشهر القانونيين الإيطاليين كان مستشارًا ملكيًا لوزارة العدل ورئيسًا للجنة قضايا الحكومة زمنًا طويلًا: (يجب على مصر أن تستمد قانونها من الشريعة الإسلامية، فهي أكثر من غيرها اتفاقًا مع روح البلد القانونية)[1].

ويقول الدكتور (م. أهنو) قنصل اليابان في مصر: (إن المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها إذا تمسكوا بما جاء في القرآن الكريم من تعاليم فإن هذا يكون سببًا في تقدمهم في نواحي الحياة الاجتماعية والأدبية والدينية والسياسية، لأن القرآن قد جمع المدنيات قديمها وحديثها، وهو كتاب جامع شامل، وقد طالعت فيه كثيرًا فأُعجبت بما جاء فيه من حكم بالغات وتنظيم للمعاملات، وإني معجب كل الإعجاب باهتمام المسلمين بأمر دينهم والعمل على رفعته، وهم إن ساروا على هذا فإنهم لا شك واصلون إلى غايتهم التي يرجونها)[2].

ويقول المستشرق الإنكليزي البروفيسور نويل ج. كولسون N. J. Coulson أستاذ الفقه الإسلامي بجامعة لندن: (ويصح

---

(١) التشريع الإسلامي في دراسات أعلام الغربيين: مجلة الأزهر، المجلد الرابع والعشرون، الجزء السابع، رجب ١٣٧٢ هـ (مارس ١٩٥٣م)، (ص ٨٨٥).

(٢) حكمة التشريع وفلسفته (١/ ٢٥).

النظر إلى الشريعة على أنها نظام قانوني متطور، ويتميز هذا النوع من القوانين السماوية عند مقارنتها بالقوانين المعتمدة على العقل الإنساني بخاصيتين أساسيتين:

أولهما: أنه نظام ثابت لا يتبدل، ومن ثَمَّ فإن معاييره ثابتة ثبوتًا مطلقًا وليس لأي سلطة قانونية حق تغييرها.

ثانيتهما: أن الشريعة الإسلامية المنزلة تمثل السمت الموحد لجميع الشعوب الإسلامية، على حين أن الاختلاف سيكون هو النتيجة الحتمية لقوانين من العقل الإنساني المتأثر بالظروف المحلية الخاصة والمعبر عن احتياجات مجتمع معين)[١].

ويقول البروفيسور الإيطالي إنريكو إنساباتو Enrico Ansabato (١٨٧٨: ١٩٦٣م) في كتابه (الإسلام وسياسة الخلفاء): (إذا كان الإسلام في شكله ثابتًا لا يتغير، فإنه مع ذلك يُساير مقتضى الظروف ويستطيع أن يتطور معها دون أن يتضاءل مهما مرت عليه الأزمان، لذلك فهو محتفظ بحيويته ومرونته، ولا يجوز قط أن يُهدم هذا الصرح العظيم من العلوم، ولا أن يُغفل شأنه، أو تمسه يد بسوء، إنه أوجد للعالم أرسخ الشرائع ثباتًا، وإنها لشريعة تفوق الشرائع

(١) في تاريخ التشريع الإسلامي (٢٨: ٢٩).

الأوروبية في كثير من التفاصيل)[1].

ويقول الأستاذ بوسورت سميث Bosworth Smith الكاتب والمستشرق الإنكليزي الشهير في كتابه (محمد والمحمدية): (من حسن الحظ في التاريخ دون غيره أن محمدًا أسس في وقت واحد ثلاثة أشياء من عظائم الأمور وجليل الأعمال، فإنه مؤسس لأمة وإمبراطورية وديانة، مع أنه أمي وقلما كان يقدر أن يقرأ أو يكتب، ومع ذلك أتى بكتاب هو آية في البلاغة ودستور للشرائع وللصلاة وللدين في آن واحد)[2].

ويقول البروفيسور فيليب حتى - الأستاذ بجامعتي (هارفارد) (برينستون) في الولايات المتحدة الأمريكية (١٨٨٦ : ١٩٧٨م) في كتابه (الإسلام منهج حياة): (الإسلام منهج حياة، وهو - بهذا النظر - يتألف من ثلاثة جوانب أساسية: الجانب الديني، والجانب السياسي، والجانب الثقافي، هذه الجوانب الثلاثة تتشابك وتتفاعل، وربما انقلب بعضها إلى بعض مرةً من غير أن نلحظ ذلك)[3].

---

(١) التشريع الإسلامي في دراسات أعلام الغربيين: مجلة الأزهر، المجلد الرابع والعشرون، الجزء السابع، رجب ١٣٧٢ هـ (مارس ١٩٥٣م)، (ص ٨٨٥).

(٢) حكمة التشريع وفلسفته (١/ ٢٤).

(٣) الإسلام منهج حياة (٩).

ويقول أيضًا: (إن نسخ شريعة محمد للشرائع التي سبقته سببه أن شريعته آخر الشرائع وأتمها في الاستجابة إلى حاجات البشر التي كانت قد تزايدت مع الزمن ومع نُضْج البشر الروحي، ولقد كان من أسباب ذلك أيضًا أن اليهود والنصارى - كما جاء في القرآن - قد بدلوا الوحي الذي نَزَلَ عليهم في شريعتهم، إن الله قد قال على لسان محمد كلمته الفَصْل إلى الإنسانية، وليس بالإمكان أن يكون بعد ذلك كلمةٌ أخرى أكثرُ فصلًا أو أحسن دلالة)[1].

ويقول ادموند بيرك Edmund Burke - الفيلسوف والسياسي الأيرلندي الشهير: (القانون المحمدي قانون ضابط للجميع من الملك إلى أقل رعاياه، وهو قانون نسج بأحكم نظام قضائي وأعظم تشريع لا مثله قط في هذا العالم)[2].

ويقول المستشرق الفرنسي جول لابوم Jules La Beaume (١٨٠٦ : ١٨٧٦م): (ينبغي على أهل الأرض على اختلاف ألوانهم ولغاتهم أن ينظروا بعين الإنصاف إلى ماضي العالم ويطالعوا صحيفة العلوم والمعارف قبل الإسلام، ويتعرفوا بأن العلم والمعرفة لم تنتقل إلى أهل الأرض إلا عبر المسلمين الذين استوحوا هذه العلوم

---

(١) الإسلام منهج حياة (٢٣: ٢٤).

(٢) حكمة التشريع وفلسفته (١/ ٢٥).

والمعارف من القرآن كأنه بحر من المعارف تتفرع منه الأنهار، القرآن لا يزال حيًا وكل فرد قادر على أن يستقي منه حسب إدراكه واستعداده).

يقول السير هاملتون الكسندر جب Hamilton Alexander Gibb (١٨٩٥: ١٩٧١م) المستشرق الإنكليزي الشهير: (ومظهر بارز يُميز التشريع الإسلامي، وهو أن مهمة التعريف والتصنيف استغرقت خلال القرون الثلاثة الأولى الطاقات الفكرية لدى الأمة الإسلامية، إلى حد لا نظير له، إذ لم يكن المسهمون في هذا الميدان هم علماء الكلام والمحدثين والإداريين فحسب، بل إن علماء اللغة والمؤرخين والأدباء أسهموا بأنصبة في هذه المجموعة من المؤلفات التشريعية وفي مناقشة القضايا التشريعية، وقلما تغلغل الشرع في حياة أمة وفي فكرها هذا التغلغل العميق مثلما فعل في الأدوار الأولى من المدنية الإسلامية.

ومثل هذا التركيز الفكري الحاد تمخض عن منازعات حول التفصيلات، وأحيانًا حول القضايا، فكانت تلك المنازعات مريرة طويلة الأمد مثلما أنها كانت محتومة، وفي غمار ذلك كله كان القرآن يُحقق أثرًا مسددًا للخطى داعيًا إلى الاعتدال، فإذا ورد النص الصريح على أمر لم يستطع أحد أن يتشبث بحصة رأيه الذاتي، كلهم خاضع

لتلك القوة العُليا، وقد جعلهم الولاء المشترك لتلك القوة على وعي بأمتهم، حتى الخلافات المذهبية الناجمة عن الخلافات السياسية والكلامية لا تستطيع أن تزعزع الوحدة الأساسية في الوجهات والأساليب التشريعية. . تلك الوحدة المؤسسة على القرآن في أهم ما يهم المسلمين هي التي أدت بأغلبية المسلمين أولًا إلى التساهل الفذ والتسامح في الخلافات حول الفروع، وأخيرًا إلى أن يُدرك المسلمون أنه إذا كانت الأمة موحدة في القضايا الكبرى، فوجود الخلافات في ما عداها رحمة وتوسعة على الناس، وعليهم أن يتقبلوها بالشكر لأنها بركة من الله، وعلى الضد من ذلك كان إنكار الأمة بالوعي هو الذي أدى بالشيعة إلى معارضة عقيمة. .

ولا نستطيع أن نُقدر أثر هذه الحيوية التشريعية في الفكر الإسلامي الديني حق قدره، فحين تم إنشاء علم الشريعة ومبناها لم يضعا فحسب إطارًا صلبًا حول المُثل العُليا الإسلامية في الواجبات الأخلاقية والعلاقات الإنسانية - مع عنصر طفيف من المرونة يسرته المذاهب الأربعة - بل إن الشريعة نفسها حددت القانون الأساسي الذي تسير عليه الجماعة الإسلامية تحديدًا جامعًا مانعًا. .

فالشريعة لدى المسلم تعني ما يعنيه القانون الأساسي أو الدستور لدى سكان الولايات المتحدة وتزيد عليه، إذ أنها وضعت

أصولًا وقواعد لكل النظم والمؤسسات والمجتمعات الإسلامية، وظلت تلك الأصول من عهدئذٍ ملاذ الحضارة الإسلامية خلال التقلبات العديدة المُفزعة التي تمت في القرون الأخيرة، وقد عبرت الشريعة عن جماعة إسلامية موحدة، بل هي التي خلقتها، على الرغم من التمزق والصراع السياسي، وما تزال على الرغم من نقدات المجددين والمصلحين المسلمين التجسد الوحيد لوحدة المعتقد بين المسلمين، ولولاها لكانت تلك الوحدة شكلية خالصة.. وإن الإبقاء على الشريعة يرتبط به بقاء الإسلام أو زواله من حيث هو نظام مؤثل)[1].

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نُشير إلى قولة المؤرخ الإنكليزي جيبون الشهيرة: (القرآن مسلم به من حدود الأوقيانوس الأطلانطي إلى نهر لجانس بأنه الدستور الأساسي، ليس لأصول الدين فقط، بل للأحكام الجنائية والمدنية وللشرائع التي عليها مدار حياة نظام النوع الإنساني وترتيب شئونه، إن الشريعة المحمدية تشمل الناس جميعًا في أحكامها من أعظم ملك إلى أقل صعلوك، فهي شريعة حيكت بأحكم وأعلم منوال شرعي لا يوجد مثله قط في العالمين)[2].

---

(١) دراسات في حضارة الإسلام (٢٣٦ : ٢٣٨).

(٢) التشريع الإسلامي في دراسات أعلام الغربيين: مجلة الأزهر، المجلد الرابع والعشرون، الجزء السابع، رجب ١٣٧٢ هـ (مارس ١٩٥٣م)، (ص ٨٨٥).

وفي سنة ١٩٣٢م انتهى الباحثون في (المؤتمر الدولي للقانون المقارن) المنعقد في لاهاي إلى أن: (الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون المقارن.. وبهذا تكون مصادر القانون المقارن أربعة: القوانين الفرنسية، والقوانين الألمانية، والقوانين الانجليزية، والشريعة الإسلامية)[١].

وفي يوليو سنة ١٩٥١م انتهى الباحثون في مؤتمر (أسبوع الفقه الإسلامي) الذي عقدته (شعبة الحقوق الشرقية) بالمجمع الدولي للحقوق المقارنة برئاسة الأستاذ (ميو) أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس إلى أن: (مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يُمارى فيها، وإن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية هي مناط الإعجاب، وبها يتمكن الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها)، وقد أعلن المؤتمرون رغبتهم في تكرار فعاليات مؤتمر

---

(١) وقد انعقد المؤتمر مرة أخرى في سنة ١٩٣٨م وبحث قضية شائكة كانت مثارة بين القانونيين بشأن ارتباط التشريع الإسلامي بالقانون الروماني وصلته به، وقد أعلن المؤتمر في النهاية أن الشريعة الإسلامية مستقلة بذاتها ليس لها صلة بالقانون الروماني ولا بأي تشريع آخر.

(أسبوع الفقه الإسلامي) سنويًا، ومتابعة أعماله وتفعيل قراراته وتوصياته بعد انعقاده، وأصدروا توصيتهم بتأليف لجنة لوضع (معجم للفقه الإسلامي) يُسهل الرجوع إلى المؤلفات الفقهية حتى يُمكن استعراض المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقًا للأساليب الحديثة.

وفي الفترة الأخيرة أشاد (يوخين هارتلوف) وزير العدل بولاية (راينلاند بفالز) الألمانية بالشريعة الإسلامية وطالب بتحكيمها، وقال: (إنه يتصور إمكانية السماح لمسلمي ألمانيا بحل منازعاتهم المتعلقة بالطلاق والنفقة والعقود المالية التي يفضلون فيها الابتعاد عن الفوائد الربوية، من خلال مُحكمين مسلمين يعتمدون بتقديراتهم على أحكام الشريعة الإسلامية)، وأوضح (هارتلوف) أن الشريعة الإسلامية تتعامل مع قضايا الأحوال الشخصية والتعاقدات التجارية بصياغة عصرية مقبولة[1].

---

(١) وقد رفضت وزارة العدل الألمانية هذه الدعوة بحجة تسببها في نشوء نظامين قضائيين متوازيين في ألمانيا، بينما طالب (الحزب المسيحي البافاري) بإقالة (يوخين هارتلوف) وزير العدل الألماني مستنكرًا دعوة الأخير للتحاكم إلى الشريعة التي على حد زعمهم (محتقرة للبشر).

بينما تجاوب بعض القضاة الألمان مع دعوى (هارتلوف)، فقضى أحد القضاة بمدينة (ليمبورج آن دير لاهن) بأحكام الشريعة الإسلامية في دعوى قضائية رفعها مسلم تركي يطالب زوجته السابقة برد مجوهرات ذهبية تبلغ قيمتها اثني =

واقترح الأسقف (روان ويليامز) رئيس (الكنيسة الإنجليكانية) في بريطانيا تبني بعض أحكام الشريعة، وقال بأن اعتماد أجزاء من الشريعة يبدو أمرًا لا مفر منه في بعض الحالات[١].

= عشر ألف يورو كصداق عقب انفصالهما بعد شهرين من زواجهما، وأشار القاضي إلى أن الصداق من حق الزوجة ليساعدها على النفقة بعد الطلاق بغض النظر عن مدة الزواج، مؤكدًا أنه اعتمد في الحكم على أحكام سابقة للقضاء التركي.

وقد كشف أحد الباحثين القانونيين المناهضين لقضية تطبيق الشريعة الألمان وهو الكاتب الدكتور (جواتشيم واجنر) في كتابه (القضاة العاملون خارج القانون) إلى انتشار ظاهرة النظام القضائي الإسلامي (المحاكم الأهلية) في ألمانيا والتي باتت تزاحم المحاكم الألمانية الوطنية على حد تعبيره، وفي مقال في مجلة (شبيجل) أعرب (واجنر) عن قلقه من تحاكم المسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية، وطالب النيابة العمومية بمراقبة المحكمين الشرعيين ومحاكمتهم بشأن عرقلتهم تطبيق القانون الألماني.

(١) أظهرت أحدث الدراسات والتي قام بها (دينيس ماكيون) المختص في الشئون الإسلامية أن عدد المحاكم الإسلامية التي تفصل في الشئون الأسرية للمسلمين على مستوى (بريطانيا) بلغت خمسة وثمانين محكمة، وهو ما أثار عدد من متعصبي الباحثين والمفكرين النصارى، منهم (رومن ويليامز) قسيس (كنتربري)، واللورد (نيكولاس فيليبس) اللذين انتقدا هذا الوضع واعتبروا أن تزايد المحاكم الإسلامية يشكل خطرًا على الوضع القضائي في انكلترا، وافتئاتًا على اختصاص المحاكم البريطانية، وشدد (فيليبس) على عدم إمكانية=

كما اقترح البروفسور الهولندي (ليون يوسكنس) أستاذ القانون والثقافة في المجتمعات الإسلامية أن يتلقى القضاة في هولندا دروسًا في الشريعة الإسلامية، وقال الإقدام على هذه الخطوة سيكون أمرًا مفيدًا جدًا للقضاة والمتقاضين، ونقلت (المجلة العلمية لمجلس القضاء) عن البروفسور المذكور قوله: (إذا ما تم اتباع القانون الهولندي فقط، فإن الوضع القضائي سيكون أشبه ما يكون بشخص أعرج).

= قبول العقوبات الموجودة في الشريعة الإسلامية كالرجم أو قطع الأيدي أو الجلد، وأكد أن الأحكام التي تُصدرها المحاكم البريطانية يجب ألا تستند سوى إلى قواعد القانون البريطاني، وأما التحاكم إلى الشريعة أو غيرها من الديانات في مسائل الأحوال الشخصية فيرى أنه لا مانع منه إذا تم عن طريق التسويات الودية دون إجراءات قضائية وهو ما اعتاد عليه المسلمون في بريطانيا منذ زمن بعيد على حد زعمه.

كما أبدى (مجلس اللوردات البريطاني) اعتراضه على تزايد عدد المحاكم الإسلامية بحجة أنه من الصعب الجمع بين الديمقراطية والليبرالية والتحاكم إلى التشريع الإسلامي، حتى (دينيس ماكيون) نفسه فقد أبدى قلقه بشأن بعض المسائل التي تُخالف فيها المحاكم الإسلامية النظام القضائي البريطاني والتي (لا تتوافق مع حقوق الإنسان) على حد زعمه وتعبيره مثل عدم السماح للمسلمة في الزواج من غير مسلم، ومثل قواعد نظام الحضانة الإسلامي وترتيبها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية صرح (هارولد كو) المستشار القانوني لإدارة الرئيس الأمريكي (أوباما) بأنه يجب إقامة محاكم إسلامية على الأراضي الأمريكية للفصل في النزاعات بين المسلمين، كما رفضت (لجنة القواعد) في (مجلس الشيوخ) تمرير مشروع قانون[1] يحظر اعتبار الشريعة الإسلامية في القضاء بولاية (أوكلاهوما)

(١) عبارة عن مذكرة تقدم بها عضو الحزب الجمهوري (سالي كيرن)، وكان قد حصل على موافقة ٧٠ % من المواطنين عليها في استفتاء أُجري في نوفمبر ٢٠١٠م، وموافقة برلمان (أوكلاهوما) في مارس ٢٠١١م بموافقة ٧٦ صوتًا واعتراض ثلاثة أصوات فقط، وتأييد عدد من ممثلي مدن الولاية مثل (لويس مور) ممثل مدينة (ادموند)، (ريكس دونكان) ممثل مدينة (ساند سبرنجز) الذي اعتبر ولاية (أوكلاهوما) هي أولى الولايات التي تتخذ هذه الخطوة آملًا أن تتبعها باقي الولايات الأمريكية في هذه الخطوة أيضًا.

وبالفعل تقدمت عدد من الولايات الأمريكية في تمرير مشروعات قوانين تحظر إقامة المحاكم الشرعية وتمنع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، منها ولاية (ميتشجان) حيث تقدم (ديف أجيما) عضو الحزب الجمهوري وممثل مدينة (جراندفيل) بالولاية بمذكرة قانونية لمجلس الشيوخ يطالب بعدم اعتبار أحكام القوانين الأجنبية عن الدستور الأمريكي، مؤكدًا أن القانون الجديد سيتصدى لمن يحاول وضع حد القانون الأجنبي على رقبة القضاء الأمريكي على حد تعبيره، وقد أعرب (مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية) بالولاية عن قلقه إزاء مساعي (أجيما) مؤكدًا أنه يمثل انعكاسًا لشريحة من أعضاء الحزب =

. . . .

= الجمهوري معادية للأجانب، ومتبنية لممارسات الإسلاموفوبيا، وكذلك لقيت المذكرة استنكار (رشيدة طلايب) عضو البرلمان عن الحزب الديمقراطي، وكذلك (فيكتور بيج) عضو الحزب الجمهوري والمؤسس المساعد بمجلس المنظمات الإسلامية بولاية (ميتشجان) الذي وصف المذكرة بـ(المرعبة).

وانتهى الأمر مؤخرًا إلى رفض إصدار قانون يحظر اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية في القضاء بولاية (ميتشجان) الذي تقدم به (أجيما)، وقد أعرب (مجلس العلاقات الأمريكية الإسلامية) عن ترحيبه بقرار منع قبول القانون المشار إليه.

وعن ولاية (كولومبيا) تقدم (مايك فير) عضو مجلس الشيوخ عن الحزب الجمهوري عن مدينة (جرينفيللي) بمذكرة قانونية تطالب بعدم أخذ محاكم ولاية بأي اعتبارات قانونية أو تشريعية مخالفة للدستور الأمريكي، في إشارة إلى الأحكام الشرعية الإسلامية، كما تقدم (بول كيرتمان) عضو الكونجرس عن الحزب الجمهوري بولاية (ميسوري) بمذكرة قانونية للمطالبة بحظر اعتبار الأحكام الدينية الإسلامية في النظم القضائية بمحاكم الولاية، وعلى جهة أخرى طالب الجمهوري (نويت جنجريتش) عضو الكونجرس السابق – وأحد أبرز المعادين للإسلام والمنادين بحظر تطبيق الشريعة الإسلامية – الحكومة الأمريكية بإصدار قانون فيدرالي جامع يمنع من اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية في النظام القضائي الأمريكية، وعزل كل قاضٍ يعتبر القواعد الشرعية في أحكامه من منصبه.

ولم ينجح ممثلي الحزب الجمهوري في استصدار مثل هذا القانون بالفعل إلا في ولاية (كانسس) حيث وافق (مجلس الشيوخ) بنسبة **٣٣** صوت مقابل ثلاثة=

إثر قيام (مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية) بمعارضة القانون بقضية فيدرالية اكتسبت دعم أحد القضاة الذي أصدر إنذارًا قضائيًا تمهيديًا بمنع اعتبار المذكرة المقترحة قانونًا.

وأظهرت إحدى الدراسات الحديثة التي أشرفت عليها (اللجنة العليا لحقوق اللاجئين) بالأمم المتحدة أن الشريعة الإسلامية أكثر المصادر التي أثرت على صياغة قوانين حقوق اللاجئين التي يستفيد منها عشرات الملايين من اللاجئين حول العالم، وأشار (أنتونيو جوتريز) ممثل (اللجنة العليا) أن القوانين التي تتبناها المنظمة قد أخذت بما أشار إليه الإسلام من توفير الآمان للاجئين وعدم ردهم إلى الأخطار التي فروا منها ، إضافة إلى أن حماية اللاجئين تشمل غير المسلمين الذين لا يُكرههم الإسلام على تغيير دياناتهم، ولا يقوم بمساومتهم من أجل الحصول على حقوقهم، بل يقوم الإسلام

= أصوات فقط على مشروع القانون الذي تقدم به عضو الحزب الجمهوري (سام برونباك) لمنع اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية وغيرها من القوانين الأجنبية في النظام القضائي بمحاكم ولاية (كانسس) بعد موافقة الكونجرس عليها في فترة سابقة.

ومن الجدير بالذكر أن نحو عشرين ولاية من الولايات الأمريكية تسعى لاتخاذ إجراءات مماثلة في سبيل منع إقامة المحاكم الشرعية وحظر التحاكم إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

على توفير الحماية لهم ولممتلكاتهم ويعمل على لمّ شمل أسرهم بنوع من الكرم والإحسان، ودعا (جوتريز) المجتمع الدولي تقدير هذه الحقوق التي تكفلها الشريعة الإسلامية للاجئين.

هذه بعض أقوال المفكرين الغربيين وفقهاء القانون - وهم أهل الاختصاص والخبرة - في إعجاز التشريع الإسلامي وحاجة البشرية المُلحة إلى تفعليه في التقنينات المعاصرة، والحق الذي لا مرية فيه أنه مهما حاول الباحثون إبراز محاسن الشريعة ووجوه إعجازها فلن يوفوها حقها ولن يستوعبوا إلا قدرًا يسيرًا ضئيلًا من إيجابياتها ومحاسنها.

يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري (١٨٨٥ : ١٩٧١م): (الشريعة الإسلامية - بشهادة فقهاء الغرب أنفسهم - تُعد من أكبر الشرائع العالمية، فما بال الغرب يعرف هذا الفضل ونحن ننكره؟! وما بال هذه الكنوز تبقى مغمورة في بطون الكتب الصفراء، ونحن في غفلة نتطفل على موائد الغير ونتسقط فضلات طعامهم؟!)[١].

ويقول الدكتور عماد الدين خليل: (إنسانيًا .. تجيء شهادات خصوم هذا الدين بما يمتلكون من قدرات عقلية فذّة وصيغ حضارية متقدمة بمثابة سعي مخلص وجاد غير متحيّز ولا ميّال لحلّ أزمة

---

(١) صحيفة الإخوان المسلمين (العدد ٤١، السنة الرابعة).

الإنسان المعاصر، بإرشاده بشكل مباشر أو غير مباشر إلى أن الإسلام هو خلاصه الوحيد، وأن مضلته ليست خطيئة أبدية ولا طريقًا مسدودًا، بل إن بمقدوره في أية لحظة أن يحظى بخلاصه المنشود بمجرد أن يفتح عقله وقلبه، وأن يعرف بدافع من عشق الحقّ وحده ما يمكن أن يقدمه له هذا الدين. .

أكاديميًا. . تجيء شهادات خصوم هذا الدين لكي تثبت حقائق يتحتم أن تُرصد، وتوازن سيلًا من المعطيات اللاعلمية واللاموضوعية التي قيلت عن هذا الدين، وتردّ الأمر -أو بعضه- إلى نصابه الحق. .)[1].

إن صلاحية أي تشريع تُقرر على أساس صلاحية قيمه ومبادئه وتجانسها مع الواقع، فالسياسة التشريعية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة مع البيئة التي تضبطها، فإن قامت علي عناصر متنافرة معها افتقدت الصلة بين النصوص ومراميها بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصودًا لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق أهدافه المتعلقة بضبط الحياة وإسعاد الناس، فقانون أي أمة هو مرآة أحوالها المادية والفكرية والاجتماعية، وإذا كان من المفترض أن يكون القانون هو

(١) قالوا عن الإسلام (٢٥).

مصدر سعادة كل مجتمع ونهضته كما يقول فلاسفة القانون، فإنه لن يكون كذلك إذا لم يحقق متطلباتهم وآمالهم الثقافية والفكرية والمادية التي تمليها طبيعة بيئتهم الدينية والاجتماعية، بل سيكون وبالًا عليهم، وسيكون مصدرًا لتعاستهم وشقاوتهم لا إسعادهم ونهضتهم، إذ كل فرد أسير قيمه ومبادئه الدينية والاجتماعية، وهي أعلى عنده من أي تقنين وتشريع، وما يدفعه إلى احترام أي قانون عادل سوى عدالته، ولا يدفعه إلى انتهاك أي قانون ظالم إلا ظلمه وجوره، وإذا كنا نرغب في تحقيق السعادة فلا بد لنا من العودة إلى تحكيم الشريعة التي استمدت منها بلادنا سماتها الثقافية والاجتماعية والاقتصادية، فقد أثبت الواقع بما لا يدع مجالًا للشك أن تطبيق القوانين الوضعية كان ولا زال هو أهم أسباب انتشار الجريمة وازدياد معدلاتها وتنوعها على نحو لم يكن في أسلافنا، وأن تلك القوانين لم تؤد دورها في الوفاء بمتطلبات المتقاضين وحل خصوماتهم وفض نزاعاتهم، فلا هي زجرًا حققت، ولا هي قضايا أنجزت، ولا هي حقوقًا لأصحابها سلمت، بل أدت الثغرات التي تملأ عباءتها إلى اللدد في الخصومات، والمماطلة في الإجراءات، وكثرة الاستئنافات، والامتناع عن أداء الحقوق والواجبات، وزيادة البغي والعدوان، وإثارة الفوضى والهمجية، وبث روح الانتقام والثأر لدى المتخاصمين، ومن أحسنُ من الله حُكْمًا لقوم يوقنون.

المبحث الثاني

التطور التاريخي لمادة الشريعة في الدساتير المصرية

● **أولًا: ما قبل العمل بدستور ١٩٧١م:**

لما تم وضع الدستور المصري عام **١٩٢٣**م نصت المادة (١٤٩) منه على أن: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية)، وقد وضع هذا النص باقتراح الشيخ محمد بخيت رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ١٩ مايو **١٩٢٢**م، وقد لاقى استجابةً سريعة من أعضاء اللجنة المشكلة لوضع نصوص هذا الدستور، وقد تمت الموافقة عليه بالإجماع بغير تحفظ ولا مناقشة، وظل هذا النص يتردد في كل دستور يوضع للبلاد.

وبمناسبة إلغاء الامتيازات الأجنبية اعتبارًا من منتصف أكتوبر عام **١٩٣٧**م استردت مصر سلطاتها التشريعية ليطبق القانون على المواطنين الأجانب سواء بسواء، ونتيجة لذلك صدر قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة **١٩٣٧**م المعمول به اعتبارًا من منتصف أكتوبر عام **١٩٣٧**م ليكون هو قانون العقوبات المصري الموحد، إلا أن الظروف العاجلة التي أحاطت بوضع هذا القانون والحرص على إيجاد

نصوص صالحة للتطبيق على المصريين والأجانب معًا على إثر إلغاء الامتيازات الأجنبية - ولو على حساب التشريع الإسلامي - أدى إلى محافظة قانون العقوبات الصادر عام ١٩٣٧م على الطابع الأصيل للقانون الصادر عام ١٩٠٤م، وهكذا ظل القانون الفرنسي مصدرًا تاريخيًا لقانون الجرائم والعقوبات، وجرت محاولات وأُعدت مشروعات لقانون عقوبات جديد منها مشروع عام ١٩٥٢م، ثم أكثر من مشروع بمناسبة تجربة الوحدة مع سوريا، ثم مع ليبيا، ثم مشروع قانون العقوبات الإسلامي الذي تم صياغته في الثمانينات بمعرفة لجنة موسعة من الفقهاء وأساتذة القانون في مصر، لكن كل هذه المشروعات ظلت حبرًا على ورق ولم تدخل حيز التفعيل.

ومن حيث التطبيق العملي للمادة (١٤٩) فإنه لم يكن لها أثر كبير لعدم وجود أي إلزام دستوري يقضي باعتبار الشريعة مصدرًا من مصادر التشريع، غير أن نيابة النقض (القسم المدني) انتهت في مذكرتها المقدمة في الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٦٠ ق إلى أن الشطر الأول من المادة (١٤٩) - والتي تقابل المادة الثانية من دستور ١٩٧١م وما بعده - والذي يقضي بأن (الإسلام دين الدولة) يخول للقاضي تعطيل أي نص قانوني مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية باعتباره نص دستوري صالح بذاته لإعماله بغير حاجة إلى سن تشريع أو تعديل

تشريعي أدنى، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، وقد انتهت النيابة في مذكرتها المشار إليها إلى أن امتناع القاضي عن الحكم بالفوائد الربوية المقررة بالمادة (٢٢٦) من القانون المدني لا يُعد خطًا في تطبيق القانون بل هو إعمال لصحيح القانون في صورته الأسمى[١].

---

(١) وفي شأن ذلك أوردت نيابة النقض في حيثيات مذكرتها : (فإن الشطر الأول من المادة الثانية من الدستور وهو نص مضطرد فى دساتير مصر منذ عام **١٩٢٣**م وسابق على صدور القانون المدني يكون قد نسخ ضمنًا كل ما خالف الشريعة الإسلامية فيما أتت به من أحكام، ويكون امتناع الحكم المطعون فيه عن القضاء بالفوائد الربوية ليس خطًا في تطبيق القانون بل هو إعمال صحيح للقانون في صورته الأسمى، ولا يغير من ذلك القول بأن هذا يُعد خلطًا بين التزام القصاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية مما يتأبى مع حدود ولايته ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنه في مجال الأحكام قطعية الثبوت والدلالة وتلك التي هي محل إجماع الأمة مما لا محل للاجتهاد فيها - فإن تطبيق القاضي لها ليس إلا إعمالًا لمبدأ قانوني دستورى يصلح بذاته للإعمال ولو لم يجر به نص خاص في القانون . . وإذا ما كان للقضاء أن يعمل قواعد قانونية يستقيها من المبادئ الخُلقية والاجتماعية معولًا في تحديدها على الفكر الثاقب والرأي الراجح، فإن إعماله لأحكام عملية منضبطه بنصوص قرآنية أو نبوية قطعية الثبوت والدلالة أو هي محل إجماع الأمة يكون أوجب من باب أولى ولا يُعد عمله في هذه أو تلك من قبيل =

● **ثانيًا: بعد دستور ١٩٧١م وقبل تعديل مايو ١٩٨٠م:**

ولقد كان استبعاد كل دور للشريعة الإسلامية في التقنينات الجنائية، واستمداد الأخيرة من القانون الفرنسي، مصدر إيلام نفسي ومشكلات اجتماعية للمسلمين، فالأوضاع الاجتماعية والسياسية التي فرضت هذا الوضع قد انزاحت منذ زمن بعيد، وبدأ التفكير الجدي يبحث في الأصول الحقيقة للمجتمع المصري التي يجب أن يعكسها القانون وخاصة قانون العقوبات الذي يهدف إلى إرضاء الشعور بالعدل وإلى حماية المصالح الاجتماعية، ولذا فقد جاء دستور عام ١٩٧١م الصادر والمعمول به اعتبارًا من ١١ سبتمبر ١٩٧١م ليُعبر عن توجه مصر الإسلامي، حيث نصت المادة الثانية منه على أن: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)، وكانت وثيقة العمل بأحكام الشريعة في الجنايات الصادرة عن مؤتمر جامعة الدول العربية

= اشتراع قواعد قانونية وليس فيه خروجًا على مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن القانون - الذي يتولى القضاء تطبيقه بحكم وظيفته - لا ينحصر بالمفهوم العام للكلمة في تلك القواعد التي مصدرها التشريع، بل هو كل قاعدة قانونية عامة مجردة لها صفة ا?لزام أيًا ما كان مصدرها، فيدخل فيه أحكام الشريعة الإسلامية والعُرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فضلًا عن التشريع الوضعي).

عام **١٩٦٩**م من أكبر الدوافع التي شجعت الحكومة المصرية على الإقدام على هذا التعديل[(١)].

- **ثالثًا: بعد تعديل مايو ١٩٨٠م:**

بتاريخ **٢٢** مايو عام **١٩٨٠**م وفي عهد حاكم مصر محمد أنور السادات، عُدلت المادة الثانية ضمن التعديلات الجزئية لدستور ١٩٧١م، فاستبدلت عبارة (المصدر الرئيسي) بـ(مصدر رئيسي)، ولعل الفرق بين العبارتين جلي وواضح، فالعبارة الأخيرة لا تمنع من وجود مصادر أخرى للتشريع، بخلاف الأولى التي دخل على لفظيها الألف واللام بما يفيد الحصر، فكان هذا التعديل بمثابة تصحيحٍ لوضعٍ خاطئ.

ولم يكن النص الدستوري مُنشأ لحق بقدر ما كان كاشفًا عن واقع، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروعات القوانين الإسلامية التي تمت صياغتها في الثمانينات بمعرفة لجنة موسعة من الفقهاء وأساتذة القانون في مصر حيث قررت بأن: (النص الدستوري

---

(١) ولم تكن مصر وحدها التي استجابت لهذه الوثيقة، بل استجابت لذلك أيضًا: الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٧١م، وسوريا عام **١٩٧٣**م، وليبيا عام ١٩٧٤م، وغيرها من الدول العربية، نصت دساتيرها على العمل بأحكام الشريعة الإسلامية.

لم يكن مُنشئًا لحقيقة اجتماعية بقدر ما كان كاشفًا لها)، وهو ذاته ما صرح به أساتذة وفقهاء القانون المعاصرين في قولهم: (المادة الثانية فوق الدستور)، وهو ما صرح به الدكتور أحمد فتحي سرور والمستشار طارق البشري وغيرهما، ومن ثمَّ فكان إعمال هذا النص واجب بشأن كافة القوانين المصرية.

والسبب الرئيس الذي جعل السادات يُقدم على هذه الخطوة هو أنه أراد أن يستجيب لمطالب الإسلاميين وكانوا يمثلون فئة كبيرة في المجتمع، لاسيما وأن السادات كان دومًا يريد إظهار الفروق الشخصية والسياسية بينه وبين سابقه جمال عبد الناصر الذي كان في تعامله مع الإسلاميين صارمًا، بل ظالمًا، فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذا التعديل قد حدث ضمن تعديلات أخرى لمواد الدستور التي تتيح له الترشح للرئاسة لمدد أخرى، فكان تعديل المادة الثانية بمثابة غطاء لتمرير تلك المواد، اللهم إلا أن نُحسن الظن بالسادات ونقول أنه أراد أن يخطو بمصر خطوة نحو جعلها دولة إسلامية، لكن يُضعف هذا الوجه أن باقي سياساته الداخلية والخارجية لم تكن تتوافق مع الهدف المشار إليه.

وأيًا ما كان الأمر من سبب تعديل هذه المادة، فبمقتض التعديل المشار إليه صارت السلطة التشريعية باعتبارها الجهة المخاطبة أصالةً

بهذه المادة منوط بها إعمال نص المادة الثانية واحترامه أثناء ممارستها عملها فيما تقرره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلًا يتعين أن تُرد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه.

ثم يأتي دور المحكمة الدستورية العليا - وهو دور هام - في مراقبة عمل السلطة التشريعية إذا ما عُرض عليها نزاع بشأن مخالفة دستورية، فإذا ما صدر نص أو قانون يخالف مبادئ الشريعة الغراء وأحكامها، يمكن لكل من يهمه الأمر - بشأن قضية هو أحد أطرافها - أن يطعن عليه أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا ما قضت المحكمة الدستورية بمخالفة النص المطعون عليه لأحكام الشريعة، فإن مقتضى نص المادتين (٤٨)، (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولًا فصلًا في المسألة التي فصل فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته.

وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأن ذلك على

مراقبة التقيد بالشريعة الإسلامية وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تُقدم - على هذه القواعد - أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية إذ هي إطارها العام وركائزها الأصيلة التي تفرض متطلباتها دومًا بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك إنكارًا لما هو معلوم من الدين بالضرورة، وهو ما أكدته أحكام المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتعاقبة.

بيد إن المحكمة الدستورية العُليا أقرت مبدأين بمقتضاهما تحررت كثير من القوانين من القيد الدستوري باحترام مبادئ الشريعة الإسلامية وعدم جواز مخالفة أحكامها، كتلك التي تخص الجرائم والعقوبات والضرائب وامتداد عقود الإيجار القديمة غير محددة المدة وغيرها:

- **القيد الأول: من حيث النطاق الزماني لسريان المادة الثانية:**

برغم ما انتهت إليه السلطة التشريعية ممثلةً في مجلس الشعب بعد تعديل المادة الثانية للدستور في **٢٢** مايو **١٩٨٠**م في تقرير اللجنة العامة للمجلس والمقدم بجلسة ١٥ سبتمبر **١٩٨١**م من عدم جواز إصدار أى تشريع فى المستقبل يُخالف أحكام الشريعة الإسلامية وضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة

١٩٧١م وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإن المحكمة الدستورية العُليا لم تأخذ بما انتهى إليه التقرير المشار إليه وأجابت عنه في حكمها في الطعن رقم ٢٠ لسنة ١ ق الصادر بجلسة ٤ مايو ١٩٨٥ م: (لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلًا من قبله أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائمًا واجب الإعمال ومن ثَمَّ فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية)[١].

---

(١) وكان هذا الطعن على المادة (٢٢٦) من القانون المدني بشأن فوائد التأخير في تنفيذ الالتزامات، وقد انتهت فيه المحكمة إلى أنه ؛ (ولما كان مبنى الطعن مخالفة المادة (٢٢٦) من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور تأسيسًا على أن فوائد التأخير المستحقة بموجبها تُعد من الربا المحرم شرعًا طبقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية التى جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع، وإذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ =

فقد ألزمت المحكمة الدستورية السلطة التشريعية باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور في **٢٢** مايو عام **١٩٨٠**م - فيما يخص التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض الدستور فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فإنها بمنأى عن الخضوع لهذا القيد، ولا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلًا قبل فرضه.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة أيضًا بأن: (المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بتاريخ **٢٢** مايو **١٩٨٠**م تنص على أن: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، وكان ما تضمنته هذه المادة - وعلى ما

= **٢٢** مايو سنة **١٩٨٠**م والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه، وكانت المادة (**٢٢٦**) من القانون المدني الصادر سنة **١٩٤٨**م لم يلحقها أى تعديل من التاريخ المشار إليه، ومن ثمَّ فإن النعى عليها وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور وأيًا كان وجه الرأي فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون فى غير محله، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى).

جرى به قضاء هذه المحكمة - يدل على أن الدستور اعتبارًا من تاريخ العمل بهذا التعديل قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من نصوص تشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلًا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية وقيدها بمراعاتها والنزول عليها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، وكان من المقرر كذلك أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقًا في وجوده على هذه النصوص ذاتها، ذلك أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقامها الدستور معيارًا للقياس في مجال الشرعية الدستورية، تفترض لزومًا أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور الذي تقاس على مقتضاه، بما مؤداه أن الدستور قصد بإقراره لهذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان منصرفًا إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هي تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل، فإذا انطوى نص منها على حكم يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، وإذا كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي

تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحكمه)[(١)].

والحقيقة أن المحكمة الدستورية العُليا لم تراع هذا القيد الزماني الذي أقرته سوى بخصوص إعمال أحكام الشريعة الإسلامية في شأن القوانين السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور في

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٠ ق بجلسة ٢/ ١٠/ ١٩٩٩م].
كما قضت المحكمة الدستورية [الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠ ق بجلسة ٥/ ٨/ ٢٠٠٠] بأن: (قضاء هذه المحكمة جرى على أن ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠م إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية التزامه فالتشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستوري المشار إليه لا يجوز أن تناقض الأحكام التشريعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، والأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو هما معًا هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمًا لشئون العباد، بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعًا، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، ومن ثم فإن الاجتهاد يكون سائغًا في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة، مما ينقض كمال الشريعة ومرونتها، طالما كان واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة لا يجاوزها، مستخلصًا عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية، كافلًا صون المقاصد العامة للشريعة).

مايو ١٩٨٠م دون إعماله في غير ذلك من النصوص، وعلى سبيل المثال قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (٤٨) من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م لخروجها على مقتضى نصوص المواد (٤١)، (٦٥)، (٦٦)، (٦٧) من الدستور على الرغم من النصوص الدستورية المشار إليها لاحقة على النص القانوني المقضي بعدم دستوريته[1].

---

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا [الطعن رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق بجلسة ٢/٦/٢٠٠١م] بأنه: (دل الدستور - بنص المادة ٦٦ منه - على أن لكل جريمة ركنًا ماديًا لا قوام لها بغيره يتمثل أساسًا في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي مفصحًا بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائي ابتداءً في زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه إيجابيًا كان هذا الفعل أم سلبيًا، ذلك أن العلائق التي ينظمها هذا القانون في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه محورها الفعال ذاتها في علامتها الخارجية ومظاهرها الواقعية وخصائصها المادية، إذ هي مناط التأثيم وعلته، وهي التي يتصور إثباتها ونفيها وهي التي يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها وتقدير العقوبة المناسبة لها ولا يتصور بالتالي وفقًا لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا إقامة الدليل على توافر السببية بين مادية الفعل المُؤثم، والنتائج التي أحدثها بعيدًا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التي يضمرها الإنسان في أعماق ذاته - تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكًا خارجيًا=

وحتى محكمة النقض لم تراع هذا القيد عندما أعملت حكم

= مؤاخذًا عليه قانونًا، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها وتم التعبير عنها خارجيًا في صورة مادية لا تخطئها العين فليس ثمة جريمة). .
ثم أردفت: (من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرًا ويتعين بالتالي - ضمانًا لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو إبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها، كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يُحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تُعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه، وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارًا لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها لكي يدفعوا عن حقهم في الحياة، وكذلك عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكس العقوبة، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالًا حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقًا لنص المادة ٦٧ من الدستور).

المادة (٤٤) من دستور ١٩٧١م على حساب المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م قبل تعديلها بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢م إذ كانت سابقة في وجودها على المادة (٤٤) من الدستور الذي لم يُعمل به إلا من ١١ سبتمبر ١٩٧١م[1].

---

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة [الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق بجلسة ٢٤/ ٣/ ١٩٧٥م] بأنه: (حيث إن النيابة العامة تنعي على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى ببراءة المطعون ضده من تهمة إحرازه في ٢٤ سبتمبر ١٩٧٢م جوهرًا مخدرًا بقصد الاتجار فقد ابتنى على خطأ في تطبيق القانون ، ذلك بأنه أقام قضاءه على بطلان أمر النيابة العامة بتفتيش مسكن المطعون ضده لعدم تسبيب الأمر ، في حين أن حكم المادة (٤٤) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر والمعمول به في ١١ سبتمبر ١٩٧١م فيما قضى من حظر دخول المساكن أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب لم يعمل به إلا من تعديلها في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٢م بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة ومنها المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية من بعد وقوع الواقعة مثار الاتهام. . وحيث إنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة، فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، ويستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقًا أو لاحقًا على العمل بالدستور، فإذا ما أورد الدستور نصًا صالحًا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، ويُعتبر الحكم المخالفة له في هذه الحال قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، لما كان ذلك =

وكذلك عطلت محكمة النقض العمل بنص المادة (١٧٢) من القانون المدني الخاصة بالتقادم الثلاثي لدعوى التعويض على أساس

= وكان ما قضى الدستور في المادة (٤٤) من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقًا لأحكام القانون، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي مسبب، ذلك بأنه ليس يجوز البتة للمشرع من بعد أن يُهدر أيًا من هذين الضمانين - الأمر القضائي والمسبب اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن - فيسن قانونًا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية والدستورية، أما عبارة (وفقًا لأحكام القانون) الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المساكن أو تفتيشها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون، ومن ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة (٤٥) من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شابه ذلك وما نصت عليه المادة (١٩١) من الدستور من أن: (كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحًا نافذًا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور)، فإن حكمها لا ينصرف بداهةً إلا إلى التشريع الذي يُعتبر ملغيًا أو معدلًا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع، ومن ثمَّ يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه إجراء لا مندوحة عنه منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صدور قانون أدنى، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد).

مخالفتها لنص المادة (٥٧) من دستور ١٩٧١م على الرغم من أن المادة الأولى سابقة في وجودها على المادة الأخيرة[١].

---

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة [الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق بجلسة ١٣/ ٣/ ١٩٨٠م] بأنه: (لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول عن أحكامه، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها، وكان التشريع لا يُلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحةً أو يدل عليه ضمنًا وكان إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فإذا ما أورد الدستور نصًا صالحًا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويُعتبر الحكم المخالف له في هذه الحال قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، لما كان ذلك وكان النص في المادة (٥٧) من الدستور المعمول به في ١١ سبتمبر ١٩٧١م على أنه: (كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضًا عادلًا لمن وقع عليه الاعتداء)، مفاده أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها في غير الحالات التي يقرها القانون كجرائم الاعتداء على الحرية التي يرتكبها المسئولون في سلطة الدولة اعتمادًا عليها ويدخل في نطاقها الجريمة المعاقب عليها بالمادة (١٢٦) من قانون العقوبات والتي تنص على أن: (كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشرة وإذ مات المجني عليه يحكم بالعقوبة =

وأما نيابة النقض (القسم المدني) فقد كان لها بشأن هذا القيد الزماني وجهة نظر مختلفة حيث انتهت في مذكرتها المقدمة في الطعن رقم **٤٣٣** لسنة ٦٠ ق إلى أن هذا القيد ليس له محل باعتبار أن الشطر الأول من المادة الثانية الذي يقضي بأن (الإسلام دين الدولة) نص دستوري مضطرد في كل الدساتير المصرية سابق على صدور كل التشريعات والقوانين في الدولة، وهو نص صالح بذاته لإعماله بغير حاجة إلى سن تشريع أو تعديل تشريعي أدنى، ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، ومن ثمَّ فامتناع القاضي عن تطبيق الحكم المخالف للشريعة ليس خطأ في تطبيق القانون بل هو إعمال لصحيح القانون في صورته الأسمى.

= المقررة للقتل عمدًا)، وكان الحكم الصادر من محكمة أول درجة - والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده قد وقف سريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حرية المطالب بالتعويض في سنة **١٩٥٥**م وحتى صدور دستور سنة **١٩٧١**م - انتهى إلى أن الدعوى المدنية الناشئة عن هذا الاعتداء لا تسقط بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشر لنص المادة (٥٧) من الدستور التي اعتبرت مُلغية لنص المادة (٩٧٢) من القانون المدني في صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور دون حاجة إلى تدخل من المشرع).

• **القيد الثاني: من حيث النطاق الموضوعي للمادة الثانية:**

حصرت المحكمة الدستورية العُليا الأحكام الشرعية التي أوجب الدستور احترامها ومراعاتها في الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالتها معًا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها، أما الأحكام غير القطعية في ثبوتها أو في دلالتها أو فيهما معًا، فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان، وتطور الحياة وتنوع مصالح العباد، وهو اجتهاد إن كان جائزًا أو مندوبًا من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولي الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلبًا لمنفعة أو للأمرين معًا[(١)]، هذا المبدأ الذي أعملته المحكمة الدستورية ولا

---

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا [الطعن رقم ١٤ لسنة ٢١ ق بجلسة ١١/ ٥/ ٢٠٠٣] بأن: (النص في المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها عام ١٩٨٠م على أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، يدل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها معًا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، أما الأحكام غير القطعية في ثبوتها أو في دلالتها أو فيهما معًا، فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان، وتطور الحياة، وتنوع مصالح العباد، وهو اجتهاد إن كان =

. . . .

= جائزًا أو مندوبًا من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولى الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلبًا لمنفعة أو للأمرين معًا).

كما قضت [الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ ق بجلسة ١٥/ ١٢/ ٢٠٠٢] بأن: (المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠م نصت على أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع)، فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام هي وحدها التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معًا، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيمًا لشئون العباد، وضمانًا لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن جاز مندوبا من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولى الأمر، يبذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلًا لتقرير قواعد علمية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضفى قدسية على آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التي لا تناقض المصالح العليا للشريعة، ويكون اجتهاد ولي الأمر بالنظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إخمادًا للثائرة، وإنهاءً للتنازع والتناحر، وإبطالًا للخصومة، مستعينًا في ذلك كله بأهل الفقه والرأي، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر =

زالت تعمل به حرر كثير من النصوص عن هذا القيد الدستوري الهام، علمًا بأن تقدير ما إذا كان الحكم الشرعي قطعي من عدمه هي مسألة موضوعية خاصة بالمحكمة الدستورية خاضعة لتقديرها وحدها دون رقابة عليها من أحد.

وجدير بالذكر أن القضاء بعدم مخالفة نص قانوني للشريعة الإسلامية يمنع من الطعن على ذات النص لذات السبب الذي تعرضت له المحكمة الدستورية العُليا أول مرة احترامًا لحُجية الأحكام القضائية ونص المادتين (٤٨) و(٤٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م الخاص بإنشاء وتنظيم المحكمة الدستورية العُليا(١).

= المتنازع عليه إلى الله ورسوله، وكان حقًا عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثمًا، فلا يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسرًا، وإلا كان مصادمًا لقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ﴾).

(١) من ذلك ما قضت به [الطعن رقم ٤ لسنة ٢٢ ق بجلسة ٢/٦/٢٠١٣م] بشأن رفض الطعن المُبدى على دستورية المادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بشأن بتنظيم الشهر العقاري لسابقة الفصل في الطعن، وقالت في حيثيات ردها على الطعن: (وحيث إن المحكمة الدستورية العُليا سبق لها أن حسمت مسألة دستورية نص المادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بحكمها الصادر بجلسة ٦/١٢/١٩٩٧م في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية القاضي برفض الدعوى، وقد نُشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بعددها رقم (٥١) الصادر في ١٨/١٢/١٩٩٧م، وكان مقتضى نص المادتين =

• رابعًا: في ظل دستور ٢٠١٢م:

أبقى دستور **٢٠١٢**م الصادر في **٢٥** ديسمبر **٢٠١٢**م على المادة الثانية والتي نصت على أن: (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، غير أنه أضاف تفسيرًا لها في المادة (**٢١٩**) منه في باب (الأحكام الختامية والانتقالية)، والتي جرى نصها على أن: (مبادىء الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المُعتبرة فى مذاهب أهل السنة والجماعة).

والفائدة التي كانت المادة (**٢١٩**) ستحققها هي التحرر من القيد الثاني الذي أعملته المحكمة الدستورية بشأن النصوص القانونية التي تخضع لحكم المادة الثانية، وهي المخالفة للأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها معًا - كما عبرت المحكمة الدستورية - باعتبار أن (مبادىء الشريعة الإسلامية) باتت تشمل بشكل قاطع الأدلة الكلية

= (٤٨) و(٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العُليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة **١٩٧٩**م أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حُجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولًا فصلًا في المسألة التي قُضي فيها، وهي حُجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، ومن ثمَّ تكون هذه الدعوى في هذا الشق غير مقبولة).

والقواعد الأصولية والفقهية والمصادر المُعتبرة فى مذاهب أهل السنة والجماعة.

لكن هذا من الناحية النظرية فقط، لأن المحكمة الدستورية العُليا تجاهلت إعمال حكم المادة (٢١٩) من دستور ٢٠١٢م تمامًا، واعتمدت على ذات التفسير الذي فسرت به المادة الثانية في ظل دستور ١٩٧١م المعدل في مايو ١٩٨٠م متجاهلةً حكم المادة (٢١٩) متحاشيةً الرد عليها كليةً عند نظرها للطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٧ ق المحكوم فيه بجلسة ١٢ مايو ٢٠١٣م[١]، وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأن: (مؤدى نص المادة الثانية من دستور سنة ١٩٧١م، والتي رددتها المادة الثانية من الدستور الصادر سنة ٢٠١٢م القائم أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، ومن غير المتصور أن يتغير مفهومها تبعًا

(١) بشأن الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م المعدلة بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن: (ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة).

لتغير الزمان والمكان، وعلى خلاف هذا تأتي الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معًا فهذه الأحكام هي التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، متوخيًا تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما يقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتًا لولي الأمر يستعين عليه في كل مسألة بخصوصها، وبما يناسبها بأهل النظر في الشئون العامة، وأية قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيًا، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم.

وحيث إن الحضانة في أصل شرعتها، هي ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته، والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفًا بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية - القطعية في ثبوتها ودلالتها - لا تقيم

لسن الحضانة تخومًا لا يجوز تجاوزها، ومن ثمَّ يتعين أن يتحدد مداها بما يكون لازمًا للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره، وقد دل الفقهاء باختلافهم في زمن الحضانة، على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون سن الحضانة محددًا بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان، بل يتسم بقدر من المرونة التي تسعها في أحكامها الفرعية المستجيبة دومًا للتطور، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يعقد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعًا قد جاوزتها، وإذ كان لولي الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، فإن ما نحاه النص التشريعي المطعون فيه من تعديل في تحديد السن التي تنتهي بها حضانة الصغيرة، ورفعه إلى خمس عشرة سنة، وإعطاء الصغيرة عند بلوغ هذه السن حق الاختيار لا يعدو أن يكون تقريرًا لأحكام عملية في دائرة الاجتهاد أملتها التغيرات التي طرأت على المجتمع والأسرة، بألا يصادم الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، وهو في ذلك لم يصدر

عن نظرة تحكمية بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون تقتضي عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره، اتساقا مع المستجدات الاجتماعية والثقافية وبما لا يخرج عن دائرة الاجتهاد أخذًا في الاعتبار أن الصغير في هذه السن، قد أضحى أكثر تمييزًا وقدرة على تقدير الأصلح له)[1].

هذا بشأن النطاق الموضوعي للمادة الثانية والمادة المفسرة لها (**٢١٩**)، أما فيما يتعلق بنطاق سريانها الزماني، فدستور **٢٠١٢**م لم يتضمن بحال من الأحوال أي إلزام بمراجعة التشريعات السابقة فيما يتعلق بمدى مطابقتها للشريعة الإسلامية، بل القاعدة القانونية المستقر عليها في قضاء الدستورية العُليا أن العبرة في النصوص هي من تاريخ العمل بها، ولا عبرة للقيد الوارد على المادة الثانية إلا من تاريخ تعديله[2].

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٧ ق بجلسة ١٢/ ٥/ ٢٠١٣م].

(٢) وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العُليا [الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٠ ق الصادر بجلسة ٢/ ١٠/ ١٩٩٩م] بأن: (من المقرر كذلك أن كل مصدر تُرد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقًا في وجوده على هذه النصوص ذاتها، ذلك أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية =

وقد أيد دستور **٢٠١٢**م هذا النظر بموجب نص المادة **(٢٢٢)** منه والتي نصت على أن: (كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور يبقى نافذًا ولا يجوز تعدلها ولا إلغاؤها إلا وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور)، وبموجب هذا النص تأكد الالتزام الواقع على عاتق السلطة التشريعية في الدولة من وجوب أن تُراع الأحكام الخاصة بدستور **٢٠١٢**م - ومنها نص المادة الثانية والمادة المفسرة لها **(٢١٩)** - في شأن القوانين اللاحقة في صدورها على الدستور في **٢٥** ديسمبر **٢٠١٢**م، دون أن يمتد سلطان النصوص الدستورية إلى ما سبق من قوانين ولوائح قبل العمل بهذا الدستور.

= التي أقامها الدستور معيارًا للقياس في مجال الشرعية الدستورية، تفترض لزومًا أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور الذي تقاس على مقتضاه، بما مؤداه أن الدستور قصد بإقراره لهذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان منصرفًا إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هي تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل، فإذا انطوى نص منها على حكم يُناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، وإذا كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحُكمه).

ونفاذًا لهذا التوجه قضت المحكمة الدستورية العُليا في الطعن رقم ٤ لسنة ٢٢ ق الصادر بجلسة ٢ يونيو ٢٠١٣م بأن: (وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ما تضمنته المادة الثانية من دستور سنة ١٩٧١م بعد تعديلها في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ يدل على أن الدستور واعتبارًا من تاريخ العمل بهذا التعديل، قد ألزم السلطة التشريعية فيما تقره من النصوص التشريعية بعد العمل به أن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية، بعد أن اعتبرها الدستور أصلًا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودونما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية وقيدها بمراعاتها والنزول عليها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، وكان من المقرر كذلك أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه يتعين بالضرورة أن يكون سابقًا في وجوده على هذه النصوص ذاتها، فإن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقامها الدستور معيارًا للقياس في مجال الشرعية الدستورية تفترض لزومًا أن تكون النصوص التشريعية المدعي إخلالها بتلك المبادئ، وتراقبها هذه المحكمة صادرة بعد نفاذ الدستور، بحيث إذا انطوى نص منها صدر بعد نفاذه على حكم يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه يكون قد وقع في حومة المخالفة

الدستورية، أما النصوص الصادرة قبل نفاذه فتظل بمنأى عن الخضوع لأحكامه)[1].

• **خامسًا: في ظل وثيقة لجنة الخمسين (مشروع دستور ٢٠١٣م):**

في مشروع دستور **٢٠١٣**م تم حذف المادة (**٢١٩**)، وزيد في ديباجته: (وأن المرجع في تفسيرها هو ما تضمنته مجموع أحكام المحكمة الدستورية العُليا في هذا الشأن).

واستنادًا لهذه الزيادة في الديباجة ادعى البعض بأن مشروع دستور **٢٠١٣**م من شأنه توسيع نطاق تطبيق الشريعة والتحرر من القيود التي أعملتها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية الخاضعة لحكم المادة الثانية، وأوردوا في شأن ذلك أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا زعمًا بأنها تعتبر الإجماع والاجتهاد من مبادئ الشريعة المنصوص عليها في المادة الثانية، وهذا الزعم باطل بما استُدل به له، وذلك لعدة أسباب:

أولًا: أن (الديباجة) ليس لها أي قيمة قانونية إلزامية، بل القيمة القانونية للنصوص الدستورية هي في النصوص ذاتها، والديباحة ما هي إلا تمهيد أو مقدمة لا يُمكن الاحتجاج بها في شأن تفسير أي

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٤ لسنة **٢٢** ق بجلسة **٢/ ٦/ ٢٠١٣**م].

نص تشريعي، ولذلك الخطأ فيها أو مخالفتها لصريح النصوص غير معتبر ولا يضر، فهي أقل شأنًا من ديباجة الأحكام ومع ذلك فقضاء النقض مستقر على أن الخطأ فيها (لا يعيب الحكم إذ هي خارجة عن مواضع استدلال الحكم).

والعُمدة في تفسير تلك النصوص هي بما ورد في الفقرة الأولى من المادة (١٩١) من الدستور: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية)، فلا اجتهاد ولا اعتبار لما ورد بالديباجة مع صراحة نص المادة المذكورة، وقد أكد مشروع **٢٠١٣**م على هذا المعنى بحذف الفقرة الأخيرة من المادة (٤) من دستور **٢٠١٢**م والتي كانت تنص على أن: (يُؤخذ رأى هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف فى الشئون المتعلقة بالشريعة الإسلامية)، لتنفرد بذلك المحكمة الدستورية العُليا دون غيرها بمهمة تفسير المراد بال(مبادئ) دون مُعقب، أما المادة (٢٢٧) بشأن اعتبار (الدستور بديباجته وجميع نصوصه نسيجًا مترابطًا وكلًا لا يتجزأ) فهي مادة مطاطة تُحيل لنصوص غير ملزمة لا يُمكن أن تنتقل لمرتبة النصوص الدستورية طالما لم تندرج ضمن مواد الدستور، بالإضافة إلى أنها لن تُمثل أي فارق في ظل صريح نص المادة (١٩١).

ثانيًا: وبفرض أن (الديباجة) لها قيمة قانونية إلزامية - والفرض ليس بحقيقة - فإن الديباجة المشار إليها تُؤكد معنى أن المقصود بـ(المبادئ) هي الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة ليس أكثر ولا أقل، لأن العبرة كما أوضحت الديباجة هي بالنظر لـ(مجموع أحكام المحكمة الدستورية العُليا في هذا الشأن)، أي لا عبرة لحكم دون غيره، وأحكام الدستورية العُليا استقرت استقرارًا تامًا على أن المقصود بـ(المبادئ) هي (الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة)، ولا عبرة بعد هذا بأي حكم شاذ - بفرض وجوده - يخرج عن المعنى الذي استقرت عليه الأحكام في مجموعها، لأن الشاذ لا حُكم له، ولأن رفع التناقض الحاصل بين الحكم الشاذ وباقي أحكام الدستورية العُليا يقتضي إهمال الحكم الأول لأن الجمع بينه وبين باقي الأحكام غير ممكن، وقد أكد مشروع **٢٠١٣**م على هذا المقصد بحذف المادة **(٢١٩)** التي نص عليها دستور **٢٠١٢** م.

ثالثًا: لا يوجد أي حكم صادر عن المحكمة الدستورية العُليا نهائيًا وبصورة قاطعة يعتبر (الإجماع) من (مبادئ) الشريعة الإسلامية لا صراحةً ولا ضمنيًا، والأحكام التي أوردها أصحاب هذا الزعم وأُثبتت في مضابط لجنة الخمسين - الطعن رقم ٦ لسنة **٩** ق والطعن رقم **١١٦** لسنة **١٨** ق - إنما أقامها الطاعنون على عدة أسباب من

بينها أن الإجماع من مبادئ الشريعة، لكن المحكمة عندما قضت بعدم دستورية النصوص المطعون عليها لم تستند في حيثيات حُكمها على سبب (الإجماع) الذي أورده الطاعنون ولم تتعرض له لا من قريب ولا من بعيد، وإنما بنت حكمها على أسباب أخرى - منها الحق في الملكية والعدالة الاجتماعية في توزيع الثروات وغير ذلك - كما هو واضح جدًا في حيثيات الحُكمين.

فقد ورد في الطعن رقم ٦ لسنة ٩ ق الصادر بجلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ م: (وحيث إن المدعين ينعون على النص المطعون فيه مخالفته المادة الثانية من الدستور تأسيسًا على أن فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعون على أن عقد الإيجار لا يكون إلا موقوتًا، فلا يتأبد ولا يجوز بالتالى حمل المؤجر على تأجير العين بعد انتهاء مدة إجارتها، ولا أن يمتد هذا العقد إلى شخص يُعد غريبًا عن الإجارة ولا يتصور أن يقحم عليها).

ثم أورد الحكم في الأسباب التي استند إليها في القضاء بعدم الدستورية: (وقد أخل النص المطعون فيه كذلك بالحدود التى ينبغى أن يتم تنظيم الملكية فى نطاقها، وجاء مخالفًا بالتالي لأحكام المواد (٧)، (٣٢)، (٣٤) من الدستور. . وحيث إن النصوص التى ينتظمها الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلائق الاجتماعية

والاقتصادية جانبًا من مقوماتها، ولأنماط من التطور روافدها وملامحها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لايجوز اقتحامها ولا يتصور أن تكون نصوص الدستور - وتلك غاياتها - مجرد تصور لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، ولا تعبيرًا فى الفراغ عن آمال ترجوها وتدعو إليها، بل تتمحض عن قواعد قانونية تتسم بانتفاء شخصيتها، ولا يجوز بالتالى تجريدها من آثارها، ولا إيهانها من خلال تحوير مقاصدها، بعد أن أقام الدستور من النصوص التى تضمنها، بُنيانًا مجتمعيًا متكاملًا لا تنفصل أجزاؤه عن بعضها البعض بل إن صدارة هذه النصوص على ماسواها من القواعد القانونية، يُعليها فوقها، ويُقدمها عليها ويدنيها لها، وهو ما يعنى ضرورة التقيد بها وإنفاذ محتواها).

أما الطعن رقم **١١٦** لسنة **١٨** ق الصادر بجلسة **٢** أغسطس **١٩٩٧**م فإنه لم يستند أصلًا للمادة الثانية كليةً في القضاء بعدم الدستورية، وقد خلُص في نهايته ومنطوقه: (وحيث إن النص المطعون فيه الأحكام المنصوص عليها فى المواد (**٧**) و(**٣٢**) و(**٣٤**) و(**٤٠**) من الدستور.. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة **٢٩** من القانون رقم **٤٩** لسنة **١٩٧٧** فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر).

رابعًا: النص على أن (الاجتهاد) من مبادئ الشريعة لم يرد في أي حكم إلا للتأكيد على أن مبادئ الشريعة هي (الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة) وما دون ذلك من أحكام الشريعة فإنه إنما يقبل الاجتهاد بدون أي التزام شرعي لا من القرآن ولا من السُّنة ولا من الإجماع ولا أقوال الصحابة ولا مذاهب الفقهاء، وهذا صريح نصوص أحكام المحكمة الدستورية العُليا، فالاجتهاد المقصود في قضاء الدستورية - كما هو واضح جدًا في أحكامها - هو اجتهاد (البرلمان) دون غيره باعتباره السلطة المعنية بالتشريع - وليس اجتهاد الفقهاء ولا حتى القضاة - والاجتهاد بهذه المثابة مانع من الوقوع في حومة المخالفة الدستورية.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة المحكمة الدستورية العُليا بأن: (النص في المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها عام ١٩٨٠م يدل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها معًا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها، لأنها تُمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، أما الأحكام غير القطعية في ثبوتها أو في دلالتها أو فيهما معًا، فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان،

وتطور الحياة، وتنوع مصالح العباد، وهو اجتهاد إن كان جائزًا أو مندوبًا من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولي الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلبًا لمنفعة أو للأمرين معًا)[١].

خامسًا: مشروع دستور **٢٠١٣**م لم يتضمن بحال من الأحوال أي إلزام بمراجعة التشريعات السابقة فيما يتعلق بمدى مطابقتها للشريعة الإسلامية، بل القاعدة القانونية المستقر عليها في قضاء الدستورية العُليا أن العبرة في النصوص هي من تاريخ العمل بها، ولا عبرة للقيد الوارد على المادة الثانية إلا من تاريخ تعديله.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العُليا بأن: (من المقرر كذلك أن كل مصدر تُرد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقًا في وجوده على هذه النصوص ذاتها، ذلك أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقامها الدستور معيارًا للقياس في مجال الشرعية الدستورية، تفترض لزومًا أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور الذي تقاس على مقتضاه، بما

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم **١٤** لسنة **٢١** ق الصادر بجلسة ١١/ ٥/ ٢٠٠٣م].

مؤداه أن الدستور قصد بإقراره لهذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان منصرفًا إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هي تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل، فإذا انطوى نص منها على حكم يُناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، وإذا كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحُكمه)[1].

وقد أيد مشروع دستور **٢٠١٣**م هذا النظر بموجب نص المادة **(٢٢٤)** منه والتي نصت على أن: (كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور الدستور يبقى نافذًا ولا يجوز تعدلها ولا إلغاؤها إلا وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة للدستور، وتلتزم الدولة بإصدار القوانين المنفذة لأحكام هذا الدستور)، وبموجب هذا النص تأكد الالتزام الواقع على عاتق السلطة التشريعية في الدولة من وجوب مراعاتها الأحكام الخاصة بمشروع دستور **٢٠١٣**م - ومنها نص المادة الثانية - في شأن القوانين اللاحقة في صدورها على الدستور، دون أن يمتد سلطان النصوص الدستورية إلى ما سبق من قوانين

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٠ ق الصادر بجلسة ٢/ ١٠/ ١٩٩٩م].

ولوائح قبل العمل بهذا الدستور.

أما ما قيل بشأن الحكم الخاص بالفوائد البنكية رقم ٢٠ لسنة ١ ق الصادر بجلسة ٤ مايو ١٩٨٥م - والمُثبت بمضابط (لجنة الخمسين) والمزعوم أنه ألزم بمراجعة التشريعات السابقة على التعديل الدستوري للمادة الثانية في مايو ١٩٨٠ - فهذا الحكم حُجة على من زعم لا له، لأن الحكم المشار إليه وبعدما عرض لتقرير اللجنة العامة فى مجلس الشعب المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١م - والذي انتهى فيه البرلمان إلى عدم جواز إصدار أى تشريع فى المستقبل يُخالف أحكام الشريعة الإسلامية وضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١م وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية - فإن المحكمة الدستورية العُليا لم تأخذ بما ورد في التقرير المشار إليه وردت عليه في ذات الحكم بقولها: (لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام

المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلًا من قبله أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائمًا واجب الإعمال ومن ثَمَّ فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية).

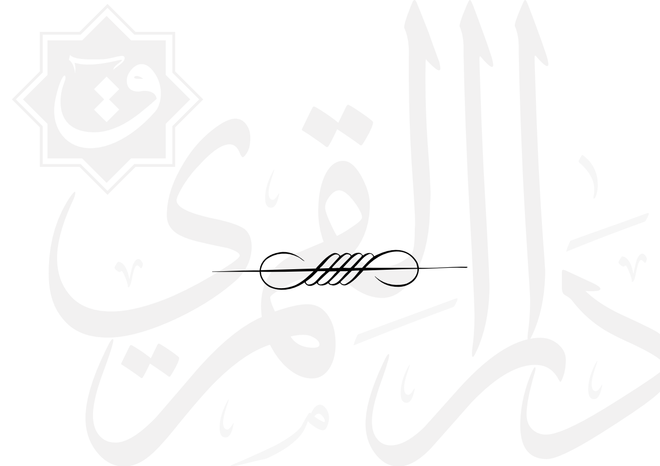
وكلام المحكمة الدستورية واضح لا يحتاج إلا أدنى تأويل، يُؤكد هذا النظر أنها انتهت إلى رفض الدعوى وقالت في نهاية حكمها: (ولما كان مبنى الطعن مخالفة المادة (**٢٢٦**) من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور تأسيسًا على أن فوائد التأخير المستحقة بموجبها تُعد من الربا المحرم شرعًا طبقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية التى جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع، وإذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ **٢٢** مايو سنة **١٩٨٠**م والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه، وكانت المادة (**٢٢٦**) من القانون المدني الصادر سنة **١٩٤٨**م لم يلحقها أى تعديل من التاريخ المشار إليه، ومن ثَمَّ فإن النعى عليها وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور وأيًا كان وجه الرأي فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون فى غير محله، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض

الدعوى)، ولو كان ما ادعوه صحيحًا لكانت المحكمة قد قضت بقبول الدعوى والقضاء بعدم دستورية المادة (**٢٢٦**) من القانون المدني وهو ما لم يقع.

سادسًا: التناقض الحاصل بين المادة الثانية وبعض مواد الدستور - كالمواد (١١)، (٦٤)، (٦٧)، (٧١) - يُخلف معضلات قانونية مُؤدية ولا بد إلا إفراغ هذه المادة من مضمونها فيما يتعلق بأحكام هذه المواد، فالمعلوم أنه من غير المقبول تعارض أي نص قانوني مع نص دستوري، أما لو تعارض نص دستوري مع آخر دستوري، فالمنهج القانوني المستقر عليه في فقهًا وقضاءً أنه لو تعارض في قانون واحد أو قانونين مختلفين نصين فإن النص الخاص يُقيد النص العام - وهي ذات القاعدة المعمول بها في أصول الفقه وأعملتها المحكمة الدستورية العُليا **١** لسنة **٢٤** ق، **٤** لسنة **١٤** ق، **٥٧** لسنة **٤** ق - وبتطبيق هذه القاعدة على النصوص الدستورية المتعارضة في الدستور - ومن بينها المواد (١١)، (٦٤)، (٦٧)، (٧١) وغيرها مع المادة الثانية - فالتغليب يكون للمواد المذكورة على حساب المادة الثانية، لأن نص المادة الثانية نص عام، وهذه النصوص نصوص خاصة تقيد النص العام.

حاصل القول أن عبارة (مبادئ الشريعة) الواردة في المادة

الثانية بوضعها القائم في (وثيقة لجنة الخمسين) لا يعدو المقصود منها (الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة معًا) كما كان عليه الحال في ظل دستور **١٩٧١**م المُعدل في **٢٢** مايو **١٩٨٠**م، ولا تنصرف بحال من الأحوال إلى القوانين المسنونة قبل تعديل المادة في التاريخ المذكور[١] وذلك حسبما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العُليا.



(١) والتي تشمل قوانين العقوبات والإجراءات والمرافعات والمدني والإثبات وإيجار الأماكن وغير ذلك من قوانين هامة.

المبحث الثالث

المدلول الشرعي والقانوني لمصطلح (المبادئ)

- **أولًا: المدلول الشرعي:**

(مبادئ) جمع (مَبْدَأ) وهو في اللغة: أول الشيء ومادته التي يتكون أو يتركب منها[1]، واصطلاحًا هو: القاعدة الأساسية التي يقوم عليها الفن أو العلم ولا يخرج عنها[2]، ويُعرف أيضًا بأنه: ما تتوقف عليه مسائل العلم[3].

ويرى البعض[4] أن إطلاق (المبادئ) بصيغة الجمع على (القواعد الأساسية) من المفاهيم الخاطئة الشائعة، لأن مصطلح (مبادئ) جمعًا ينصرف إلى النظم التشريعية السائدة وهي (الإسلام والرأسمالية والشيوعية أو الاشتراكية)، ومن ثَمَّ ينطلق إلى أن

---

(١) المعجم الوسيط (١/ ٤٢).

(٢) معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ١٦٨).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (٢/ ١٤٢٧).

(٤) الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد - عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية - في كتابه (معجم المناهي اللفظية)، والشيخ عبد العزيز البدري العراقي في كتابه (حكم الإسلام في الاشتراكية).

(المبادئ الإسلامية) مصطلح موهم لا يعني (القواعد الأساسية للإسلام) كما قد يظن البعض، إذ يندرج فيها غيرها من النظم التشريعية كالرأسمالية والشيوعية، فلا يُقال (مبادئ الإسلام) وإنما يُقال (مبدأ الإسلام)[1]، وأيًا ما كان الأمر فإن العبرة هي بما يصرفنا إليه سياق الكلام المستعمل فيه مصطلح (مبادئ)، ولا مشاحة في الاصطلاح إذا كان المفهوم منه (القواعد الأساسية) التي تقوم عليها علوم الدين.

ومبادئ الشريعة مستمدة من استقراء أحكامها وعللها وحِكمها، وهي ضوابط عامة في كل علم من علومها يُمكن تخريج الجزئيات عليها، وهي بهذا المعنى تختلف عن أحكام الشريعة المتعلقة بجزئياتها، كما تختلف عن قيمها المتعلقة بالعدل والأمانة والشورى والتعاون والتكافل والتيسير والأخوة وغيرها، وكذلك تختلف عن مقاصدها المتعلقة بحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، فالمبادئ هي القواعد الأساسية لعلوم الشريعة أعم من أحكام الشريعة، وهي أخص من قيمها ومقاصدها[2]، ومبادئ الشريعة

---

(١) معجم المناهي اللفظية (٤٩٠)، حكم الإسلام في الاشتراكية (١٤٨).

(٢) وأكثر المعاصرين بين إفراط وتفريط، فهم يُفسرونها إما بـ(الأحكام)، وإما بـ(المقاصد)، كما ذهب الدكتور جاسر عودة في مقال (أحكام الشريعة =

وقواعدها كلها تدخل تحت هذه القيم وتعمل لأجل هذه المقاصد، فـ(العدل) قيمة و(الضرر يُزال) (لا ضرر ولا ضرار) من قواعد هذه القيمة، (الأخوة) قيمة و(لا إنكار في مشاسل الاجتهاد) (كل مجتهد مصيب) من قواعد هذه القيمة، والمقصود من كل هذه القواعد حفظ

= ومبادئ الشريعة http://feker.net/ar/2012/10/12/12583 فيقول: (الاسم العلمي لمبادئ الشريعة وكلياتها وأهدافها هو «مقاصد الشريعة»، ومقاصد الشريعة هي الغايات والمصالح والمعاني والأهداف والعلل والحكَم والأسباب - على تفصيل في مفاهيم هذه المصطلحات المتقاربة عند أهل هذا العلم - والتي أتت الشريعة لتحقيقها في دنيا الناس، والأساس الفلسفي الذي بنيت عليه هذه المقاصد هو أن الله ﷻ لا يفعل شيئًا عبثًا، وهو قد منّ علينا بإرسال الرسول ﷺ وإنزال هذه الشريعة - بمعنى ما نزل به الوحي من الله - وهذا لم يكن عبثًا ولكنه لتحقيق مصالح وغايات وأهداف ومعاني معينة، من أهم هذه المقاصد والمعاني - على سبيل المثال - العدل، إذ يقول تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾، واللام في «ليقوم» هي اللام السببية، وبالتالي فالعدل مقصد وهدف رئيس من إرسال الرسل وإنزال الكتب، وهو من مقاصد الشريعة العامة والكلية، بالإضافة إلى مقاصد أخرى ذكرها العلماء في نظرياتهم المختلفة).

وهذا مما يُنافي المعنى الاصطلاحي لمصطلح (مبادئ) وهو (القواعد الأساسية) كما قدمنا، ولعل ما يُؤيد هذا المعنى ذهاب أكثر فقهاء وأساتذة أصول الفقه المعاصرين إلى استخدام تعبير (مبادئ) كمرادف لتعبير (قواعد) في كتبهم.

المقاصد الخمسة الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

ومبادئ الشريعة وقواعدها مستندة ولا بد إلى أدلة شرعية، وهي إما أن تُصاغ بأسلوب خبري أو أسلوب إنشائي، وهي غير محصورة ولا مستوعبة، بل هي كثيرة جدًا عند أئمة الفتوى والفقهاء في كل علم وهي منثورة في بطون الكتب.

- **ثانيًا: المدلول القانوني:**

تختلف تعريفات القانونين وتفسيراتهم لتعبير (المبادئ) باختلاف نظرة كل منهم لماهية المبدأ، فبينما يرى البعض أن المبدأ العام هو شيء تؤسس عليه القاعدة ويُفسرها ويُقدم لنا سبب وجودها، فالقاعدة تجيب على سؤال (ماذا..؟) والمبدأ يُجيب على سؤال (لماذا..؟).

ويرى البعض الآخر أن (المبدأ) هو الأساس البعيد الذي تستمد منه القاعدة وجودها المحدد، فالمبدأ فكرة أكثر عمومية، فـ(الشك يُفسر لصالح المتهم) قاعدة قانونية تستمد وجودها من مبادئ عامة هي البراءة الأصلية وافتراض براءة الذمة وحسن النية.

ويرى بعض أساتذة القانون أن (المبدأ) هو التصور العام المحدد للفكرة، أما القاعدة فهي التطبيق التفصيلي لهذا التصور المجرد، فالمبادئ عبارة عن تصورات تشريعية عامة مجردة باعتبارها

الدعامة الجوهرية اللازمة لتكامل البناء التشريعي، لأنها تُستمد في الحقيقة من الآداب والقيم والأخلاق التي لا خلاف عليها.

وبعض فقهاء القانون - كالأستاذ عبد الرازق السنهوري - يرون أن (المبادئ) هي الكُليات التي هي ليست محل خلاف بين الباحثين والفقهاء، كقولهم (لا ضرر ولا ضرار)، و(درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح) و(الضرورات تبيح المحظورات).. الخ.

والبعض يرى أن (مبادئ) التشريع هي مقاصده، سواء تعلقت بالضرورات أو الحاجيات أو التحسينات[1].

وجميع الاتجاهات المتقدمة يجمعها في المجال التطبيقي مؤدىً مشترك وهو تعطيل تطبيق الشريعة تطبيقًا واقعيًا، لأن كل هذه التعريفات تتعلق بأفكار وتصورات عامة لا يمكن ترجمتها في الواقع إلى أحكام عملية يُمكن إنهاء النزاعات من خلالها وحل الخصومات بها.

---

(١) أما الضرورات فهي التي يتوقف عليها بقاء الإنسان أو هلاكه، وقد اتفق العلماء خلفًا عن سلف على أن الضرورات الشرعية التي أتت الشريعة لحفظها هي حفظ: الدين والنفس والعقل والنسل أو العرض والمال، أما الحاجيات فتأتي بعد الضرورات وتشمل كل ما يحتاجه الناس مما لا يدخل تحت مسائل الحياة أو الموت، فهي حاجات استهلاكية لكنها مطلوبة ومهمة لرفع الحرج عن الناس، والقسم الثالث وهو التحسيني الكمالي فيشمل الحاجات الاستهلاكية الغير أساسية أو ضرورية.

وأيًا ما كان الأمر فإن هذه التعريفات القانونية الفقهية لمصطلح (مبادئ) ليست من المسلمات المقطوع بها سواء عند أهل اللغة أو الاصطلاح، لأن هذا المصطلح من المصطلحات المستحدثة نسبيًا، ويختلف مفهومه بحسب السياق المستعمل فيه، ولعل هذا ما حدا بالمحكمة الدستورية العُليا لئن تخرج عن دائرة التعريفات الشرعية والفقهية القانونية السابقة وتقرر بأن (مبادئ) الشريعة هي (أحكام) الشريعة ذاتها، لكن المحكمة خصصتها بما كان مستندًا إلى نصوص (قطعية الثبوت قطعية الدلالة معًا)، أما غيرها من الأحكام سواء المستندة إلى أدلة غير قطعية في ثبوتها أو غير قطعية في دلالتها أو فيهما معًا، فإنها لا تعتبر من (مبادئ) الشريعة، إذ يجوز مخالفتها والاجتهاد فيها بحسب تقدم الزمان والعمران حسبما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا.

وفي شأن ذلك قضت بأن: (قضاء هذه المحكمة جرى على أن ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠م إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية التزامه فالتشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستوري المشار إليه لا يجوز أن تناقض الأحكام التشريعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا، لأنها تُمثل من

الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، والأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو هما معًا هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمًا لشئون العباد، بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعًا، ولا يُعطل بالتالي حركتهم في الحياة، ومن ثمَّ فإن الاجتهاد يكون سائغًا في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة، مما ينقض كمال الشريعة ومرونتها، طالما كان واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة لا يجاوزها، مستخلصًا عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية، كافلًا صون المقاصد العامة للشريعة)[1].

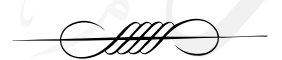
---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠ ق بجلسة ٥/ ٨/ ٢٠٠٠] كما قضت [الطعن رقم ١٤ لسنة ٢١ ق بجلسة ١١/ ٥/ ٢٠٠٣] بأن: (النص في المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها عام ١٩٨٠م على أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، يدل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها معًا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، أما الأحكام غير القطعية في ثبوتها أو في دلالتها أو فيهما معًا، فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان، وتطور الحياة، =

ولا يخفى على دارسي الشريعة أن المحكمة الدستورية العُليا قد جانبها الصواب بحصر الأحكام القابلة للاجتهاد في الأحكام المستندة لأدلة غير (قطعية الثبوت قطعية الدلالة معًا)، لأن الأحكام في الشرع نوعان:

النوع الأول: نوع لا يتغير عن حال واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب تحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يُخالف ما وضع عليه.

النوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانًا ومكانًا وحالًا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة[1].



= وتنوع مصالح العباد، وهو اجتهاد إن كان جائزًا أو مندوبًا من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولى الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلبًا لمنفعة أو للأمرين معًا).

(١) إغاثة اللهفان (١/ ٣٣١).

المبحث الرابع

النطاق الشرعي والقانوني

للأحكام (قطعية الثبوت قطعية الدلالة)

- **أولًا: النطاق الشرعي:**

الأدلة إما قطعية أو ظنية من جهة ثبوتها أو دلالتها، فالقطعي ما لا شك فيه، والظني المنسوب إلى الظن لورود الاحتمال، وهو إما راجح أو مرجوح أو مستوي.

ونطاق الأدلة (قطعية الثبوت قطعية الدلالة) في الشريعة وفقًا لقواعد أصول الفقه ينحصر في نصوص قليلة، وهذا من حكمة الله ﷻ الذي أمر بالتفقه في الدين وتدبر أحكامه ونصوصه ومعانيها ودلالتها والاجتهاد في ذلك، وبه يتحقق أيضًا التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، ولو جاءت نصوص الدين كلها (قطعية الثبوت قطعية الدلالة) لامتنع كل ذلك ولوقع الناس في الحرج ولا بد.

ومعنى كونها (قطعية الثبوت) أن تكون مستندة لنص قد روي عن النبي ﷺ بالتواتر، ورواه التابعون عن الصحابة بالتواتر، وعنهم تابعو

التابعين بالتواتر وهكذا إلى أن وصل لنا متواترًا، ومعنى التواتر: أن يرويه في كل طبقة عدد من الناس يستحيل تواطؤهم على الكذب، وهذا مفيد لليقين.

فالقرآن كله (قطعي الثبوت) لأنه مقطوع بصحة سنده إلى النبي ﷺ لرواية الجموع له عن الجموع عن الجموع منذ عهد النبي ﷺ وحتى يومنا هذا.

أما السُّنة فليس فيها (قطعي الثبوت) سوى الأحاديث المتواترة، أما أخبار الآحاد فكلها ليست قطعية الثبوت، بل هي ظنية الثبوت.

والإجماع قد يكون قطعي الثبوت إذا ما تم التصريح بالحكم من أهل الإجماع ونُقل إلينا بطريق قطعي، وقد يكون ظني إذا ما اختل فيه أحد هذين الشرطين، وهذا معروف عند علماء الأصول.

وكل ما لا نص وإنما يستند إلى قواعد النظر فهو ظني الثبوت ما لم يستند إلى نص (قطعي الثبوت)، فإن استند إلى القياس أو العرف أو المصالح المرسلة أو الاستصحاب أو مقاصد الشريعة فإنه ظني الثبوت.

ومعنى (قطعي الدلالة) أي أن دلالة ألفاظ النص لا تحتمل أكثر من تأويل واحد، فالقرآن برغم أنه قطعي الثبوت في كل أحكامه، إلا أنه ليس (قطعي الدلالة) في كل آياته، ففيه آيات قطعية الدلالة وأخرى

ليست كذلك لأنها إما أن تحتمل إرادة المعنى أو بعضه، أو معنىً من معان متعددة، فيحتمل النص التقييد أو التخصيص أو التأويل.

فقول الله ﷻ: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، وقوله: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢]، وقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ﴿١﴾ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴿٢﴾ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [المطففين: ٣]، كلها نصوص لا تحتمل أكثر من تفسير واحد فهي قطعية الدلالة فيما تضمنته من أحكام، وهذا النوع من الآيات قليل في القرآن وأكثر ما يكون فيما يتصل بألفاظ الأعداد أو المقادير التي لا تحتمل الزيادة والنقصان.

وأما قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله: ﴿فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣]، وقوله: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨]، ونحو ذلك من الآيات التي تحتمل أكثر من معنى، فإنها ليست (قطعية الدلالة)، ففي الآية الأولى: فسر بعض العلماء (القُرء) بأنه الطهر، وآخرون بأنه الحيض، وفي الآية الثانية: فسروا (الصَعِيد الطَيب) بأنه الطاهر، وآخرون بأنه المنبت، وفي الآية الثالثة: لفظ (اليد) يحتمل

أن تكون للرسغ ويحتمل أن تكون إلى المرفق وتعينها بأحدهما لم ينضبط إلا بالسُّنة.

وكذلك السُّنة والإجماع، منهما ما هو (قطعي الدلالة) ومنهما ما ليس كذلك على النحو السابق إيضاحه في شأن القرآن الكريم.

وقد قسم الإمام الشاطبي رحمه الأدلة الشرعية من حيث كونها قطعية أو ظنية الدلالة إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الأدلة القطعية وهي التي لا تفتقر إلى بيان، كأدلة وجوب الطهارة من الحدث والصلاة والزكاة والصيام والحج والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجتماع الكلمة والعدل وأشباه ذلك.

القسم الثاني: الأدلة الظنية الراجعة إلى أصول قطعية، ومثالها عام أخبار الآحاد، فإنها بيان للكتاب لقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ **[النحل: ٤٤]**، ومثالها: كذلك ما جاء في الأحاديث من صفة الطهارة الصغرى والكبرى والصلاة والحج، ومنه أيضًا قوله عليه الصلاة والسلام: «**لاَ ضَرَرَ ولاَ ضِرَارَ**»[١]، فإنه داخل تحت أصل قطعي لأن الضرر والضرار مثبوت منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات.

---

(١) صحيح بمجموع طرقه وشواهده: أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٤٠/ الأحكام)، وأحمد في مسنده (٥/ ٣٢٦)، والشاشي في مسنده (٢/ ٢٤٢)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ١٥٦، ١٠/ ١٣٣) جميعهم من حديث عُبادة =

. . . .

= ابن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، بإسنادٍ (منقطع) من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عُبادة عن جد أبيه عُبادة بن الصامت رضي الله عنه: قال الإمام البخاري: (لم يلق عُبادة)، وقال المزي: (لم يُدركه)، وقال ابن عدي: (عامة أحاديثه غير محفوظة) (١/ ٢٢٤ تهذيب التهذيب)، وقال البيهقي في سننه (٦/ ١٥٤، ٢٣٥): (عن عُبادة مُرسل)، وقال الدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٢): (ضعيف، لم يُدرك عبادة)، وكذلك جزم بعدم إدراكه الذهبي في الميزان (١/ ٢٠٤)، وقال الحافظ ابن حجر في التقريب (١/ ١٠٣) وقال: (أرسل عن عبادة وهو مجهول الحال).

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٤١/الأحكام)، وأحمد في مسنده (١/ ٣١٣)، والطبراني في الكبير (٩/ ٤٩٨) جميعهم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا، بإسنادٍ (ضعيف جدًا) فيه جابر بن يزيد الجُعفي: متروك، اتهمه سعيد بن جُبير وأبو حنيفة وابن عُيينة وأيوب وليث بن أبي سليم وابن معين والجوزجاني وغيرهم بالكذب (٢/ ٤١: ٤٥ تهذيب التهذيب).

وأخرجه أبو يعلى في مسنده (٤/ ٣٩٧)، والدارقطني في سننه (٥/ ٤٠٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أيضًا مرفوعًا، بإسنادٍ (ضعيف) فيه إبراهيم بن إسماعيل ابن أبي حبيبة: قال أبو حاتم في الجرح والتعديل (٢/ ٨٣): (ليس بقوى يكتب حديثه ولا يحتج به، منكر الحديث)، وقال الحافظ ابن حجر في اللسان (٦/ ٢٤٩): (ضعيف).

ورواه الطبراني في الكبير (٩/ ٤٢٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفًا، بإسنادٍ (ضعيف جدًا) فيه أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين المصري: قال ابن عدي: (كذبوه) وقال: (آل بيت رشدين خصوا بالضعف من أحمد إلى =

. . . .

= رشدين، وهو ممن يكتب حديثه مع ضعفه)، وقال ابن أبي حاتم: (سمعت منه ولم أحدث عنه لما تكلموا فيه)، وقال أحمد بن صالح: (كذاب)، وقال الذهبي: (ضعيف) (١/ ٥٩٤: ٥٩٥، ٤/ ٥٥٨ اللسان)، وفي إسناده أيضًا روح بن صلاح: ضعفه ابن عدي والدارقطني وغيرهما (٣/ ٤٨١ اللسان).

وللحديث قصة مروية من طرق أخرى عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعًا، ليس فيها محل الشاهد، وهي لا تخلو أيضًا من الضعف والإعلال، لكني أعرضت عن ذكرها لخلوها من محل الشاهد.

والحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٥١، ٥/ ٤٠٨)، والحاكم في مستدركه (٢/ ٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٩)، والدينوري في المجالسة (٧/ ٢٥٩) جميعهم من طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبى عبد الرحمن، تابعه عبد الملك بن معاذ النصيبي فيما أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٠/ ١٥٩)، وكلاهما (عثمان وعبد الملك) عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخُدري رضي الله عنه مرفوعًا، فأما عثمان بن محمد: فقال عبد الحق: (الغالب على حديثه الوهم)، وقال الحافظ ابن حجر: (ضعيف) (٥/ ٤٠٨: ٤٠٩ اللسان)، وأما عبد الملك ابن معاذ: فقال ابن القطان: (لا يُعرف حاله)، وقال الذهبي: لا أعرفه (٢/ ٦٦٥ الميزان).

ورواه مالك في الموطأ (٢/ ٧٤٥)، وعنه الشافعي في مسنده (٢٢٤)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٧٠، ١٥٧، ١٠/ ١٣٣) جميعهم عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا، ليس فيه ذكر أبي سعيد رضي الله عنه، وهو أصح من حديث الدراوردي، قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٥/ ٦٨): =

. . . .

= (والمشهور فيه الإرسال)، وعليه فالحديث (لا يصح) من طريق أبي سعيد الخُدري رضي الله عنه مرفوعًا، والصواب فيه الإرسال.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٥/ ٤٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا، بإسناده (ضعيف) من طريق أبي بكر بن عياش عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه، فأما أبي بكر بن عياش: فضعفه محمد بن عبد الله بن نمير، وكان يحيى القطان وعلي بن المديني يُسيئان الرأي فيه، وقال أبو نعيم: (لم يكن في شيوخنا أحد أكثر غلطا منه) (١٢/ ٣١: ٣٣ تهذيب التهذيب)، وأما ابن عطاء فهو يعقوب بن عطاء بن أبي رباح الذي يروي عنه ابن عياش: فتركه يحيى وعبد الرزاق وضعفه ابن معين وأبو زرعة والنسائي، وقال الإمام أحمد: (منكر الحديث)، وقال أبو حاتم: (ليس بالمتين) (١١/ ٣٤٤ تهذيب التهذيب).

وأخرجه أبو داود في المراسيل (١/ ٢٩٤) من حديث أبي لُبابة بن عبد المنذر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، بإسنادٍ (ضعيف منقطع) من طريق واسع بن حبان ثم ساق قصة وقعت لأبي لُبابة رضي الله عنه مع النبي صلى الله عليه وسلم لم يشهدها واسع قطعًا، وفي سنده أيضًا: محمد بن إسحاق بن يسار: صدوق يُدلس (٢/ ٤٦٧ التقريب)، ولم يصرح بالتحديث.

ورواه أبو بكر الشيباني في الآحاد والمثاني (٤/ ٥٥)، والطبراني في الكبير (٢/ ١٠١)، وأبو نعيم في معرفة الصحابة (١/ ٤٩٠) جميعهم من حديث ثعلبة بن أبي مالك القرظي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، بإسنادٍ (ضعيف منقطع) من طريق يعقوب بن حميد بن كاسب عن إسحاق بن إبراهيم مولى مزينة عن صفوان بن سليم عن ثعلبة رضي الله عنه، فأما يعقوب بن حميد: ضعفه النسائي وابن معين وأبو حاتم، ووثقه غيرهم، وقال عباس العنبري: (يوصل الحديث)، وقال =

. . . .

= أبو داود: (رأينا في مسنده أحاديث أنكرناها.. كانت مراسيل فأسندها وزاد فيها) (١١/ ٣٣٦: ٣٣٧ تهذيب التهذيب)، وأما إسحاق بن إبراهيم: فقال أبو زرعة: (منكر الحديث ليس بقوي)، وقال أبو حاتم وابن حجر: (لين الحديث) (١/ ١٨٧ تهذيب التهذيب) (١/ ٩٩ التقريب)، وأما صفوان بن سليم فلم يلق ثعلبة بن أبي مالك رضي الله عنه، قال أبو داود: (لم ير أحدًا من الصحابة إلا أبا أُمامة وعبد الله بن بُسر) (٤/ ٣٧٤ تهذيب التهذيب).

وأخرجه الدارقطني في سننه (٥/ ٤٠٧) من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ، بإسنادٍ (ضعيف جدًا) فيه محمد بن عمر بن واقد الواقدي: متهم بالوضع باتفاق جمهور المحدثين لاسيما كبرائهم وأئمتهم كالشافعي وإسحاق بن راهوية وعلي بن المديني وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهم (٩/ ٣٢٣: ٣٢٦ تهذيب التهذيب) (٣/ ٣: ٢١ تاريخ بغداد).

ورواه الطبراني في الأوسط (١/ ٩٠) من حديث عائشة رضي الله عنها أيضًا مرفوعًا، بإسنادٍ (ضعيف جدًا) فيه أحمد بن رشدين المصري وروح بن صلاح: مُتكلم فيهما، وقد مضى الكلام عليهما.

ورواه أيضًا في الأوسط (١/ ٣٠٧) من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا، بإسنادٍ (ضعيف) من طريق عمرو بن مالك الراسبي عن محمد بن سليمان بن مشمول عن أبي بكر بن أبي سبرة، فأما الأول: فتركه أبو حاتم وأبو زرعة، وضعفه علي بن نصر وأبو يعلى وابن حجر، وقال ابن عدي: (منكر الحديث) (٨/ ٨٤ تهذيب التهذيب) (٢/ ٤٢٦ التقريب)، وأما محمد بن مشمول: فضعفه النسائي وأبو حاتم، وذكره العُقيلي والساجي والدولابي وابن الجارود في الضعفاء، وقال ابن حزم: (منكر الحديث)، وقال ابن عدي: (عامة ما يرويه لا يُتابع =

القسم الثالث: الأدلة الظنية المعارضة لأصل قطعي أو التي لا يشهد لها أصل قطعي، فهذه مردودة بلا إشكال، والدليل على ذلك أمرين:

الأول: أنها مخالفة لأصول الشريعة، ومخالفة أصولها لا يصح لأنه ليس منها وما ليس من الشريعة، كيف يُعد منها؟!

الثاني: أنه ليس له ما يشهد بصحته وما هو كذلك متساقط في الاعتبار.

القسم الرابع: الأدلة الظنية التي لا يشهد لها أصل قطعي ولا تُعارض أصلًا قطعيًا فهي في محل نظر[1].

= عليه متنًا وإسنادًا) (٧/ ١٧١ : ١٧٢ اللسان)، وأما ابن أبي سبرة: فضعفه البخاري والنسائي وابن معين وابن المديني والجوزجاني، وقال الإمام أحمد وابن عدي: (يضع الحديث) (١٢/ ٢٦ التهذيب).

ورواه الطبراني في الأوسط (٥/ ٢٣٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما مرفوعًا، بإسنادٍ (ضعيف) من طريق محمد بن إسحاق: مضى الكلام عليه وأنه كان يُدلس، ولم يصرح بالتحديث.

وطريق جابر رضي الله عنه الأخيرة هي أحسن طرق الحديث المتقدمة، وعلى أي حال فالضعف في بعض طرق الحديث محتمل، وهي تعضد بعضها في الجملة، فالحديث يصح إن شاء الله بمجموع طرقه، لاسيما وأن له شواهد عدة من نصوص القرآن والسنة.

(١) الموافقات (٣/ ١٨٤ : ٢٠٧).

● **ثانيًا: النطاق القانوني:**

لم تُعرف المحكمة الدستورية العُليا المقصود بالأدلة (قطعي الثبوت قطعي الدلالة) ولم تحدد نطاقها على نحو ما فعله فقهاء الشريعة، والأصل أن ضبطها لا يقع إلا بما قد استقر عليه الأمر من الناحية الفقهية الشرعية، لكن المحكمة الدستورية خالفت هذا الأصل، وبات من العسير ضبط النطاق القانوني للأدلة (قطعية الثبوت قطعية الدلالة)، فهي لم تعتبر الإجماع - في أيٍ من أحكامها - من الأدلة (قطعية الثبوت قطعية الدلالة) برغم أنه قد يكون قطعي الثبوت إذا ما تم التصريح بالحكم من أهل الإجماع ونُقل إلينا بطريق قطعي، وهذا معروف عند علماء الأصول، ويبدو من هذا أن المحكمة الدستورية قد قصدت بالنصوص (قطعية الثبوت) المقطوع بثبوتها عن النبي ﷺ أو القواعد المستندة لنصٍ ثابت على وجه القطع عنه ﷺ كالقواعد الأصولية والقواعد الفقهية.

بل حتى القواعد المستندة المستندة لنصٍ ثابت على وجه القطع عن النبي ﷺ، لم تُجر فيها المحكمة ذات الحكم بالنسبة لبعضها البعض، ففي حين اعتبرت المحكمة الدستورية بعض الأحكام الشرعية داخلة تحت أصول (قطعية الثبوت قطعية الدلالة) إلا أنها لم تعتبر بعض الأحكام الشرعية الأخرى المرتبطة بها - ارتباطًا لا يقبل

التجزئة - داخلةً تحت هذه الأصول برغم أنها قد تكون مستندة لأصول أخرى أكثر قطعية من جهة ثبوتها ودلالتها معًا، وعلى سبيل المثال استندت المحكمة الدستورية العُليا إلى قاعدة (ارتكاب أخاف الضررين لذهاب أشدهما) للقضاء بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر بشأن ما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطًا تجاريًا أو صناعيًا أو مهنيًا أو حرفيًا في مباشرة ذات النشاط بها بعد تخلي هذا المستأجر عنها[١]، في حين رفضت القضاء بعدم

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة [الطعن رقم ٤ لسنة ١٥ ق بجلسة ٦/ ٧/ ١٩٩٦م] بأن: (الأصل في الأموال - وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وركائزها الثابتة - أن مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه مرجعها، مستخلفًا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضرارًا، يقول تعالى: ﴿ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسۡتَخۡلَفِينَ فِيهِۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمۡ وَأَنفَقُواْ لَهُمۡ أَجۡرٞ كَبِيرٞ﴾، وليس ذلك إلا نهيًا عن الولوغ بها في الباطل، وتكليفًا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يكفل المقاصد الشرعية التي ترتبط بها، والتي ينافيها أن يكون إنفاق الأموال عبثًا أو إسرافًا أو عدوانًا أو متخذًا طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار، وعلى ولي الأمر بالتالي - وصونًا للملكية من تبديد عناصرها - أن يعمل من خلال التنظيم التشريعي، على ألا =

دستورية نص المادة (١٨) من القانون **١٣٦** لسنة **١٩٨١** التي تنص على أنه: (لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: (أ) الهدم الكلي أو الجزئي.. (ب) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة.. (ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر..)، وهو النص الذي بمقتضاه مُدت عقود إيجار الأماكن الخاضعة لحكمه[١] لمدد غير محددة ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد حسبما جرى صريح نص المادة المشار إليها[٢] على الرغم من أن انتهاء عقد

= تكون نهبًا لآخرين يلحقون بأصحابها ضررًا بغير حق، أو يوسعون من الدائرة التي يمتد الضرر إليها، ليكون دفع الضرر قدر الإمكان لازمًا، فإذا تزاحم ضرران، كان تحمل أهونهما واجبًا اتقاءً لأعظمهما، وكلما كان الضرر بينًا أو فاحشًا فإن رده يكون متعينًا بعد أن جاوز الحدود التي يمكن أن يكون فيها مقبولًا).

(١) أي المحررة عقودها قبل العمل بقانون ٤ لسنة **١٩٩٦**م بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت عقود إيجارها أو تنتهي دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

(٢) وفي شأن ذلك قضت المحكمة [الطعن رقم **١٠٥** لسنة **١٩** ق بجلسة **٣/ ١١/ ٢٠٠٢**م] بأن: (حيث إنه عن النعي بمخالفة النص الطعين للشريعة الإسلامية فهو مردود، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذ نصت المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، =

. . . .

= فإن مقتضى هذا النص، أنه لا يجوز لنص تشريعى يصدر فى ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها معًا، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تُمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلا، أما الأحكام غير القطعية فى ثبوتها أو فى دلالتها أو فيهما معًا فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان، وتطور الحياة وتنوع مصالح العباد، وهو اجتهاد إن كان جائزًا ومندوبًا من أهل الفقه فهو فى ذلك أوجب وأولى لولي الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلبًا لمنفعة أو درءًا وجلبًا للأمرين معًا، إذ كان ذلك، وكان الحكم قطعى الثبوت فى شأن العقود كافة هو النص القرآنى الكريم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، وقد اختلف الفقهاء اختلافًا كبيرًا فيما هو مقصود بالعقد فى تفسير الآية الكريمة، ونضحت كتب المفسرين بهذا الاختلاف الذى كشف عن ظنية دلالة النص بالرغم من قطعية ثبوته، ورجح متفقًا عليه بعد كل خلاف أن النص قد تضمن أمرًا بتنفيذ العقود قاطبة وإنفاذ آثارها، وهو أمر يشمل عقد الزواج الذى عنى العزيز الحكيم بترتيب أحكامه، كما يشمل العقود المالية التى اتفق الفقهاء على أن إرادة المتعاقدين فيها لها سلطان ما دامت لا تخالف أمرًا مقررًا بنص قطعي فى ثبوته ودلالته، وحيث إن عقد الإيجار قد رحبت الآفاق فيه لاجتهاد الفقهاء وحدهم، وقادهم اجتهادهم فى شأن مدته إلى القول بوجوب أن يكون مؤقتًا، أما المدة التى يؤقت إليها فقد اختلفوا فيها اختلافًا شديدًا، ومن ذلك قولهم أنه يجوز إجارة العين المدة التي يعيش إليها المتعاقدان عادة، وأن التأقيت قد يكون بضرب أجل ينتهى بحلوله العقد، أو بجعل أجله مرهونًا بحدوث واقعة محمولة على =

الإيجار بانتهاء مدته يندرج بما لا يقبل مجالًا للشك تحت أصل (الوفاء بالعقود) الذي أمرت به الآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].



= المستقبل، وحيث إن النص الطعين لم يعمد إلى تأبيد عقد الإيجار، وإنما هو قصد إلى تقرير امتداد لهذا العقد يتجاوز المدة المتفق عليها فيه، وهو امتداد وإن كان غير محدد بمدة معينة، إلا أن مدته تتحدد بوقائع عدة. . إذ كان ذلك وكان النص الطعين فيما أتاه من حكم، لم يخرج عن دائرة ما اجتهد فيه الفقهاء وكان له أن يخرج ولم يخالف حكمًا شرعيًا قطعي الثبوت والدلالة، وإنما هو قرر أمرًا لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وهو أمر يندمج مع باقي ما تراضى عليه المتعاقدان من شروط، لتصبح فى مجموعها هى أحكام العقد من حقوق والتزامات، يمتثل العاقدان فيه معًا للأمر القرآني الكريم: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، فإنه بذلك لا يكون قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية من أي وجه من الوجوه).

المبحث الخامس

الجهة المُخاطَبة بالمادة الثانية

من أهم الإشكاليات التي أُثيرت حول المادة الثانية أيضًا الاختلاف حول الجهة المخاطبة بها، فالسلطة التشريعية مخاطبة أصالةً بهذه المادة منوط بها إعمال نص المادة الثانية واحترامه أثناء ممارستها عملها فيما تقرره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلًا يتعين أن تُرد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه.

والمحكمة الدستورية العُليا مخاطبة بها في دور ثانوي أثناء قيامها بعملها في مراقبة عمل السلطة التشريعية إذا ما عُرض عليها نزاع بشأن مخالفة دستورية، فإذا ما صدر نص أو قانون يخالف مبادئ الشريعة الغراء وأحكامها، يُمكن لكل من يهمه الأمر - بشأن قضية هو أحد أطرافها - أن يطعن عليه أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا ما قضت المحكمة الدستورية بمخالفة النص المطعون عليه لأحكام الشريعة، فإن مقتضى نص المادتين (٤٨)، (٤٩) من قانون

المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم **٤٨** لسنة **١٩٧٩**م أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولًا فصلًا في المسألة التي فصل فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته.

وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأن ذلك على مراقبة التقيد بالشريعة الإسلامية وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تُقدم - على هذه القواعد - أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية إذ هي إطارها العام وركائزها الأصيلة التي تفرض متطلباتها دومًا بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك إنكارًا لما هو معلوم من الدين بالضرورة، وهو ما أكدته أحكام المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتعاقبة.

ولا خلاف في دور السلطة التشريعية ودور المحكمة الدستورية العُليا، لكن الخلاف في دور السلطة القضائية، فهل يحق للقاضي الامتناع عن تطبيق أي نص مُخالف لأحكام الشريعة استنادًا لنص المادة الثانية؟!

الاتجاه الظاهر والغالب يذهب إلى سلب هذه السلطة من

القضاة باعتبار أن نطاق عملهم ينحصر في تطبيق النصوص القانونية على الوقائع فحسب، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض حيث قضت بأنه: (لما كان من المقرر أن ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه أن: (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع) ليس واجب الإعمال بذاته، وإنما هو دعوى للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسيًا فيما يستنه من قوانين، ومن ثَمَّ فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه، إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ، وبالتالي فإنه لا مجال للتحدي بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام أن السلطة التشريعية لم تفرغ مبادئها في تشريع وضعي)[١].

ولذلك عندما أصدر القاضي محمود عبد الحميد نصر غُراب[٢]

(١) مجموعة أحكام النقض: [الطعن رقم ٢٠٨٨٩ لسنة ٦٢ ق بجلسة ١٥/ ٥/ ١٩٩٧].

(٢) ولد عام ١٩٣٥م (١٤١٣ هـ) في قرية (أوسيم) بالجيزة، وحفظ القرآن الكريم في سن مبكرة، توفي والده وهو يؤدي فريضة الحج عام ١٩٤٩م، فتولى تربيته بعد وفاة أبيه شقيقه الأكبر المفكر الإسلامي د. أحمد غراب، التحق عام ١٩٥٦م بكتائب الفدائيين، والتحق بكلية الحقوق بجامعة عين شمس وتخرج منها عام ١٩٦٢م، فعمل أولًا بالمحاماة، ثم التحق بالقضاء عام ١٩٧٨م، =

عام ١٩٨١م حكمًا بالجلد ثمانين جلدة قِبل متهم ضبط بحالة سكر بَيِّن بالطريق العام، استنادًا للشريعة الإسلامية التي هي مصدر التشريع بموجب المادة الثانية من الدستور، لم ينفذ الحكم الذي أصدره واعتبر باطلًا، بل اعتبرت الإدارة العامة للتفتيش القضائي بوزارة العدل هذا الحكم مأخذًا قضائيًا قِبل القاضي المذكور، وجاء في حيثيات هذا المأخذ: (ويُؤخذ على هذا الحكم أنه لما كان من المقرر أنه لا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون، وأن العقوبات قد حصرها القانون وليس من بينها ما قضى به الحكم بجلد المتهم، فإنه يكون قد خالف القانون مما يصمه بالبطلان)، وعلى إثر هذا المأخذ أُحيل محمود عبد الحميد غُراب إلى مجلس الصلاحية وصدر قرار بعزله عن وظيفة القضاء ونقله إلى وظيفة إدارية، لكنه سرعان ما أُلغي وتم حفظ الموضوع على إثر انقسام أعضاء مجلس القضاء الأعلى بشأن هذا القرار.

= وتدرَّج في مناصبه حتى صار رئيسًا لمحكمة الاستئناف بطنطا عام ١٩٩١م، اشتُهر بالمطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية ونبذ القوانين الوضعية، وأصدر الكثير من الأحكام القضائية المؤسسة على الأحكام الشرعية، وأرسل عام ١٩٨٧م برقيَّة إلى رئيس الجمهورية يطالبه بتطبيق الشريعة الإسلامية، وله كتاب: (أحكام إسلامية إدانة للقوانين الوضعية)، (تأديب مستشار.. قصة صراع مع السلطة)، توفي سنة ١٩٩٣م (١٣٥٤ هـ) بالقاهرة.

غير أنه يلزم التفرقة بين ما يمتنع على القاضي بشأن تطبيق أحكام الشريعة غير المنصوص عليها في القانون طالما لم يتم إفراغها في نصوص قانونية من قِبل السلطة التشريعية، وبين ما يحق له من الامتناع عن تطبيق أي نص قانوني مُخالف لأحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى نص المادة الثانية من الدستور باعتبار نص هذه المادة نصًا دستوريًا صالحًا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أو تعديل تشريعي أدنى، وباعتبار الحُكم المخالف له في هذه الحالة قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، وقد أيدت نيابة النقض (القسم المدني) هذا النظر، حيث انتهت في مذكرتها المقدمة في الطعن رقم **٤٣٣** لسنة **٦٠** ق إلى أن امتناع القاضي عن الحكم بالفوائد الربوية المقررة بالمادة **(٢٢٦)** من القانون المدني لا يُعد خطًا في تطبيق القانون بل هو إعمال لصحيح القانون في صورته الأسمى، فقد أوردت النيابة في حيثيات مذكرتها التاريخية المشار إليها: (الدستور يُقرر مشروعية إسلامية عُليا وعلى ضوئها فإن مفهوم الشطر الأول من المادة الثانية بأن: (الإسلام دين الدولة) يكون التزام الدولة بكافة سلطاتها وهيئاتها النزول عند أحكامه وشريعته، ولو لم يكن هذا هو مفهوم النص ومقتضاه لما كان هناك من معنى أن يُنسب الدين للدولة، فالدين في المفهوم العلماني صلة بين الإنسان وربه ولا شيء بعد هذا، أما أن

يكون للدولة دين فإن التزام سلطاتها بمبادئه وأحكامه يكون هو المعنى الوحيد الصحيح له، بل إن المشرع الدستورى زاد هذا المعنى إيضاحًا بالنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ثم زاده تأكيدًا بجعلها المصدر الرئيسي للتشريع وبالتالي فإن الشطر الثاني لم يُنشئ حكمًا جديدًا في واقع الأمر بل أكد ما سبق أن قرره في الشطر الأول من المادة الثانية.

ومن المقرر أصوليًا أن حمل كلام الشارع على ما يُفيد أولى، إذ كان ذلك وكانت محكمتنا العُليا - محكمة النقض - قد استقر قضاؤها على أن: (الدستور هو القانون الوضعى الأسمى صاحب الصدارة، وعلى ما دونه من تشريعات النزول عند أحكامه ما إذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها والتشريع لا يُلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فإذا أورد الدستور نصًا صالحًا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، ويُعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه)[1]، ومن ثمَّ فإن الشطر الأول من المادة الثانية من الدستور وهو نص مضطرد فى دساتير مصر

---

(١) مجموعة أحكام النقض: [الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق بجلسة ١٣/ ٣/ ١٩٨٠م]، [الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق بجلسة ٢٤/ ٣/ ١٩٧٥م].

منذ عام ١٩٢٣م وسابق على صدور القانون المدني يكون قد نسخ ضمنًا كل ما خالف الشريعة الإسلامية فيما أتت به من أحكام، ويكون امتناع الحكم المطعون فيه عن القضاء بالفوائد الربوية ليس خطًا في تطبيق القانون بل هو إعمال صحيح للقانون في صورته الأسمى، ولا يغير من ذلك القول بأن هذا يُعد خلطًا بين التزام القصاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية مما يتأبى مع حدود ولايته ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنه في مجال الأحكام قطعية الثبوت والدلالة وتلك التي هي محل إجماع الأمة مما لا محل للاجتهاد فيها - فإن تطبيق القاضي لها ليس إلا إعمالًا لمبدأ قانوني دستورى يصلح بذاته للإعمال ولو لم يجر به نص خاص في القانون، وليس هذا بدعًا من القول، بل إنه مما قضت به محكمتنا العُليا -محكمة النقض- حين قالت بأن: (قاعدة «الغش يُبطل التصرفات» هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون وتقوم على اعتبارات خُلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن حالة حُسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عمومًا صيانةً لمصلحة الأفراد والجماعات)[1]، وإذا ما

---

(١) مجموعة أحكام النقض: [الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٤٣ ق بجلسة ٢٨/ ١/ ١٩٨١م]، [الطعن رقم ٩ لسنة ٥٥ بجلسة ٢٣/ ٢/ ١٩٨٨م].

كان للقضاء أن يعمل قواعد قانونية يستقيها من المبادئ الخُلقية والاجتماعية معولًا في تحديدها على الفكر الثاقب والرأي الراجح، فإن إعماله لأحكام عملية منضبطه بنصوص قرآنية أو نبوية قطعية الثبوت والدلالة أو هي محل إجماع الأمة يكون أوجب من باب أولى ولا يُعد عمله في هذه أو تلك من قبيل اشتراع قواعد قانونية وليس فيه خروجًا على مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن القانون - الذي يتولى القضاء تطبيقه بحكم وظيفته - لا ينحصر بالمفهوم العام للكلمة في تلك القواعد التي مصدرها التشريع، بل هو كل قاعدة قانونية عامة مجردة لها صفة الإلزام أيًا ما كان مصدرها، فيدخل فيه أحكام الشريعة الإسلامية والعُرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فضلًا عن التشريع الوضعي، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض طلب الفوائد التأخيرية إعمالًا لأحكام الشريعة الإسلامية والدستور فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ويضحى النعي عليه في هذا الخصوص على غير أساس)[1].

وتظل مسألة امتناع القضاة عن الحكم بأي نص قانوني مخالف لأحكام الشريعة محل خلاف شديد - ولا أراها كذلك - لكنه مما لا خلاف فيه أنه يحق لكل قاضي وقف نظر الدعوى المعروضة عليه

---

(١) مذكرة نيابة النقض (القسم المدني) في الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٦٠ ق.

وإحالة أمر النص المُخالف لأحكام الشريعة إلى المحكمة الدستورية العُليا للفصل في مدى دستورية النص القانوني المُخالف ولتقول كلمتها فيه.



المبحث السادس

أهم النصوص القانونية التي قُضي بعدم دستوريتها

لمخالفتها المادة الثانية

بالرغم من تفسير المحكمة الدستورية العُليا للمادة الثانية من الدستور وتقيدها لما أطلقه صريح نص المادة، وهو ما عطل تفعيل كثير من الأحكام الشرعية استنادًا لكونها إما تستند لنصوص قانونية صدرت قبل تعديل المادة الثانية في **٢٢** مايو **١٩٨٠**م واعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، أو كونها غير (قطعية الثبوت قطعية الدلالة)، برغم هذا فإن المادة الثانية كان لها فضل كبير في تعطيل بعض النصوص القانونية المخالفة للشريعة، فإنه واستنادًا لنص هذه المادة وإعمالًا لحكمها، قضت المحكمة الدستورية العُليا بعدم دستورية عدة نصوص قانونية خالفت أحكام الشريعة الإسلامية، منها على سبيل المثال لا الحصر:

- **النص الأول:**

المادة الأولى من القانون رقم **٢٤١** لسنة **١٩٤٤**م بفرض رسم أيلولة على التركات فيما قضت به من فرض ضريبة على صافي ما

يؤول من أموال إلى كل وارث أو مستحق في تركة من يتوفى، وتستحق هذه الضريبة من تاريخ الوفاة.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية بأن: (أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تُعين الورثة وتحدد أنصبتهم وتبين قواعد انتقال ملكيتها إليهم، وهذه الأحكام جميعها قطعية الثبوت والدلالة فلا يجوز تحويرها أو الاتفاق على خلافها، بل يعتبر مضمونها ساريًا في شأن المصريين جميعًا ولو كانوا غير مسلمين، بل ولو اتفقوا جميعًا على تطبيق ملتهم وكان ما تقدم مؤداه أن الشريعة الإسلامية تعتبر مرجعًا نهائيًا في كل ما يتصل بقواعد التوريث ومن بينها إذا كان الشخص يعتبر وارثا أم غير وارث ونطاق الحقوق المالية التي يجوز توزيعها بين الورثة ونصيب كل منهم فيها إذ يقوم الورثة مقام مورثهم في هذه الحقوق ويحلون محله في مجموعها وبمراعاة أن توزيعها شرعًا لا يجعلها لواحد من بينهم يستأثر بها دون سواه ولا يخول مورثهم سلطة عليها فيما يجاوز ثلثها ليوفر بثلثيها حماية للأقربين، وليكون مال الأسرة بين آحادها بما يوثق العلاقة بينهم ولا يوهنها وتلك حدود الله تعالى التي حتم التقيد بها، فلا يتعداها لأحد بمجازاتها)[1].

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٥ ق بجلسة ٥/ ١٢/ ١٩٩٨م].

- **النص الثاني:**

الفقرة الثانية من المادة (**٢٩**) من القانون رقم **٤٩** لسنة **١٩٧٧**م في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطًا تجاريًا أو صناعيًا أو مهنيًا أو حرفيًا، في مباشرة ذات النشاط بها بعد تخلي هذا المستأجر عنها.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية بأن: (الأصل في الأموال - وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية وركائزها الثابتة - أن مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه مرجعها، مستخلفًا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضرارًا، يقول تعالى: ﴿ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسۡتَخۡلَفِينَ فِيهِۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمۡ وَأَنفَقُواْ لَهُمۡ أَجۡرٞ كَبِيرٞ﴾ [**الحديد: ٧**]، وليس ذلك إلا نهيًا عن الولوغ بها في الباطل، وتكليفًا لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يكفل المقاصد الشرعية التي ترتبط بها، والتي ينافيها أن يكون إنفاق الأموال عبثًا أو إسرافًا أو عدوانًا أو متخذًا طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار، وعلى ولي الأمر بالتالي - وصونًا للملكية من تبديد عناصرها - أن يعمل من

خلال التنظيم التشريعي، على ألا تكون نهبًا لآخرين يلحقون بأصحابها ضررًا بغير حق، أو يوسعون من الدائرة التي يمتد الضرر إليها، ليكون دفع الضرر قدر الإمكان لازمًا، فإذا تزاحم ضرران، كان تحمل أهونهما واجبًا اتقاءً لأعظمهما، وكلما كان الضرر بينًا أو فاحشًا، فإن رده يكون متعينًا، بعد أن جاوز الحدود التي يمكن أن يكون فيها مقبولًا)[1].

● **النص الثالث:**

الفقرة الأولى من المادة (**٧٢**) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس فيما تضمنته من نقل حضانة الصغير عن أمه إلى أبيه إذا كان حكم الطلاق صادرًا لمصلحته.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأن: (جرى قضاء هذه المحكمة على أن المشرّع وقد أحال في شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين إلى شرائعهم مستلزمًا تطبيقها دون غيرها في كل ما يتصل بها، فإنه يكون قد ارتقى بالقواعد التي تتضمنها هذه الشرائع إلى مرتبة القواعد القانونية من حيث عموميتها وتجريدها، وتمتعها بخاصية الإلزام لينضبط بها المخاطبون بأحكامها: ويندرج تحتها في نطاق

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٤ لسنة ١٥ ق بجلسة ٦/ ٧/ ١٩٩٦م].

الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لائحتهم التي أقرها المجلس الملي العام في ٩ مايو سنة ١٩٣٨م، إذ تعتبر القواعد التي احتوتها هذه اللائحة - وعلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي حلت محل الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م - شريعتهم التي تنظم أصلًا مسائل أحوالهم الشخصية. .

وحيث تنص المادة ٧٢ المطعون عليها في فقرتها الأولى على أن: (حضانة الأولاد تكون للزوج الذي صدر حكم الطلاق لمصلحته ما لم يأمر المجلس بحضانة الأولاد أو بعضهم للزوج الآخر أو لمن له حق الحضانة بعده). . وحيث إن الحضانة في أصل شرعتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته التي لا يستغنى فيها عن عناية النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعًا، والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه، وأقدر على صيانته، ولأن انتزاعه منها طفلًا - وهى أشفق عليه وأوفر صبرًا - مضرة به في هذه الفترة الدقيقة من حياته التي لا يستقل فيها بأموره،

ولا تُقدّم الشريعة الإسلامية - في مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها - على الأم أحدًا في شأن الحضانة، فبذلك قضى الرسول الكريم ﷺ في الحديث الصحيح لامرأة احتكمت إليه في أمر مطلقها - وقد أراد أن ينتزع منها صغيرهما: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي».

وحيث إن قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين، وإن حفلت بتحديد سن الحضانة وترتيب الحاضنات - ومن بعدهم الحاضنين - مقدمة أم الصغير على من عداها من النساء، إلا أنها خلت من نص ينظم أحكام الأهلية للحضانة، فوجب الرجوع في شأنها إلى أرجح الأقوال في فقه المذهب الحنفي - عملًا بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم **١** لسنة **٢٠٠٠**م المشار إليه - وأهم ما دل عليه فقه هذا المذهب - فضلًا عما يشترط في الحاضنة من حيث البلوغ والعقل والكفاءة، والأمانة على المحضون وعدم إمساكه عند غير ذي رحم محرم منه - أن طلاق أم الصغير من أبيه، حتى ولو كان الطلاق راجعًا إليها لا ينفي بذاته أهليتها لحضانته، وهذا الحكم وإن تعلق بالمسلمين، إلا أنه أكفل تحقيقًا لمصلحة الصغير - ذكرًا كان أم أنثى - وإن افترق أبواه. وحيث إن تحديد قواعد الأهلية للحضانة لا تعد في الديانة المسيحية من أصول العقيدة التي وردت بشأنها - في مجال الأحوال الشخصية - نصوص قاطعة - كواحدية الزوجة وحظر

الطلاق إلا لعلة الزنا - فتعتبر بالتالي شأنا اجتماعيًا خالصًا، بما يجعل تحديدها على نحو موحد يشمل كل أبناء الوطن الواحد، أقرب إلى واقع ظروف المجتمع)[1].

• **النص الرابع:**

الفقرة الثانية من البند الأول من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م بشأن قمع التدليس والغش، فيما تضمنته من افتراض العلم في جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين بغش أو فساد ما يعرضه من أغذية ما لم يثبت المخالف حس نيته، منشًا بذلك قرينة قانونية تكفي لأن تكون دليلًا على ثبوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعة، والتي كان ينبغي أن تتولى النيابة العامة بنفسها مسئولية إثباتها في إطار التزامها الأصيل بإقامة الأدلة المؤيدة لإسناد الجريمة بكامل أركانها إلى المتهم، وبوجه خاص القصد الجنائي العام ممثلًا في إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالته الإجرامية.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية بأنه: (تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكاملًا الملامح، يتوخى بالأُسس التي يقوم عليها

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٠ ق بجلسة ٣/ ٦/ ٢٠٠٠م].

صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها . . بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية، التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، وهذه القواعد وإن كانت إجرائية في الأصل إلا أن تطبيقها في مجال الدعوى الجنائية وعلى امتداد مراحلها يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية، ويندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة أولية تمليها الفطرة، وتفرضها مبادئ الشريعة الإسلامية في قوله ﷺ: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ**»)[1].

- **النص الخامس:**

البند (أ) من المادة العاشرة من القانون رقم **٦٩** لسنة **١٩٧٤**م بشأن تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة فيما نص عليه من تعيين حد أقصى لما يُرد قانونًا من الأموال (التي لا تجاوز قيمتها ثلاثين ألف جنيه) بُغية تذويب الفوارق بين الطبقات.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأن: (النص في قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم **٦٩** لسنة

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم **٣١** لسنة **١٦** ق بجلسة **٢٠/ ٥/ ١٩٩٥**م].

١٩٧٤م على تعيين حد أقصى لما يرد قانونا من الأموال بغية تذويب الفوارق بين الطبقات، إنما يُقلص إلى حد كبير الدور الاجتماعي للملكية، وينتقص من فرصها في النهوض بالتنمية في مجالاتها المختلفة، وينال من الحوافز الفردية في بناء الثروة وتوظيفها بما لا يخل بمصلحة الجماعة، ويهدر القيم الرفيعة التي يعلو بها قدر العمل، ويعيد توزيع ناتجه بما يحد من قدرة المواطن على الإبداع والابتكار، ويحقق نوعًا من المعاملة الخافضة المنافية بطبيعتها للتقدم، ويناقض فوق هذا مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقوم في جوهرها على صون الملكية وحمايتها من العدوان، ويقيم بُنيان الجماعة على أسس متخاذلة تؤول إلى انتزاع بعض الأموال من أصحابها في غير ضرورة ودون تعويض يعادل قيمتها الحقيقية، ويحل التباغض محل التضامن الاجتماعي - والأصل فيه هو التكافل والتعاون المتبادل في إطار من التعاضد والتزاحم. . ومن ثم تعين أن يكون التنظيم التشريعي لحق الملكية موافقًا لها غير مناقض لمحتواها، وإلا كان مصادمًا للدستور، وهو ما سلكه نص البند (أ) من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ المطعون عليه، بتجاوزه الضوابط التي تضمنها الدستور في مجال صون الملكية

الخاصة التي لا يجوز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود وبالقيود التي نص عليها)[1].



(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٤ ق بجلسة ١٦/ ٥/ ١٩٩٢م].

المبحث السابع

أهم النصوص القانونية التي رفضت المحكمة الدستورية العُليا القضاء بعدم دستوريتها استنادًا لمطابقتها للمادة الثانية

لم يقف الأمر في أهمية المادة الثانية عند حد إلغاء المحكمة الدستورية العليا بعض النصوص القانونية لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، بل أكدت المحكمة على شرعية بعض النصوص القانونية وجريانها على أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت محل خلاف وطعن من البعض بزعم مناقضتها للمبادئ العامة للحريات والمساواة والتضامن الاجتماعي، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- **النص الأول:**

الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم **٢٥** لسنة **١٩٢٠**م المعدل بالقانون رقم **١٠٠** لسنة **١٩٨٥**م فيما قضى به من إلزام الزوج بنفقة زوجته ولو كانت موسرة.

وفي ذلك قضت المحكمة بأن: (من المقرر شرعًا - وعلى ما اطرد عليه قضاء هذه المحكمة - أن نفقة الزوجة مناطها احتباسها

لحق زوجها عليها - ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين - ليملك زوجها عليها تلك المنافع التي ينفرد بالاستمتاع بها بحكم قصرها عليه بإذن من الله تعالى ، ومن خلال تسليمها نفسها لزوجها تسليمًا فعليًا أو حكميًا، والنفقة بذلك حق ثابت لها على زوجها في نكاح صحيح، ومن ثمَّ كان احتباسها أو استعدادها لتمكين زوجها منها سببًا لوجوبها ، وكان قدرها مرتبطًا بكفايتها ، وبشرط ألا تقل عما يكون لازمًا لاستيفاء احتياجاتها الضرورية ، امتثالًا لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ﴾ [**الطلاق: ٧**]، وهذا الحكم الشرعي الذي ردده النص التشريعي في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم **٢٥** لسنة **١٩٢٠**م المعدل بالقانون رقم **١٠٠** لسنة **١٩٨٥**م يستند إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بثبوتها ودلالتها ، والتي يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية أصولها الكلية التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، الأمر الذي يتفق فيه النص الطعين مع حكم المادة الثانية من الدستور..

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص الطعين فيما قضى به من إلزام الزوج بنفقة زوجته ولو كانت موسرة ، ليس له من صلة بنص

المادة السابعة من الدستور التي تنص على أن يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي، كما لا ينال من الحماية الدستورية لحق الملكية المقررة بنص المادتين (**٣٢**) و(**٣٤**) من الدستور، ولا يعطل دور السلطة القضائية ولا ينال من استقلالها، ومن ثم فلا مخالفة في حكمه لأي من نصوص المواد (٦٨) و(٦٩) و(١٦٥) و(١٦٦) من الدستور)[١].

- **النص الثاني:**

الفقرة الخامسة من المادة (**٢٠**) من المرسوم بقانون رقم **٢٥** لسنة **١٩٢٩**م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم **١٠٠** لسنة **١٩٨٥**م التي تنص على أن: (يثبت الحق في الحضانة للأم، ثم للمحارم من النساء، مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرًا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فعمات الأب بالترتيب المذكور..).

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية بأن: (ليس ثمة نص قطعي يُقرر حُكمًا فاصلًا في شأن ترتيب الحاضنات - بعد الأم - فيما بينهن ومن ثم يكون باب الاجتهاد في هذا النطاق - عن طريق الأدلة

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم **٢٣** لسنة **٢٠** ق بجلسة **١٥/ ٤/ ٢٠٠٧**م].

الشرعية النقلية والعقلية - مفتوحًا فلا يصد اجتهاد اجتهادا أو يكتسب عصمة من دونه ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه، واتفق الفقهاء أصحاب المذاهب على أن أم الأم - التي تدلى إليها مباشرة - تلي الأم في ترتيب الحاضنات، فقد قال الحنابلة ثبوت الحضانة للأم ثم أمها ثم أم أمها وهكذا ثم الأب ثم أمهاته، والشافعية على أنه إذا اجتمع الذكور مع الإناث فتقدم الأم على الأب ثم أم الأم، وإن علت بشرط أن تكون وارثة ثم بعدهن الأب ثم أم أمه وإن علت إذا كانت وارثة، ويرى الحنفية - ومعهم المالكية - أن أحق الناس بحضانة الصغير بعد أمه أمها وإن علت، وهذا هو ما نحاه النص الطعين بما ارتآه محققًا مصلحة الصغير، وعليها مدار الحضانة - مستلهمًا بذلك مقاصد الشريعة الكلية دائرًا في فلك الأصول العامة لها)[1].

- **النص الثالث:**

المادة (١٢) من القانون رقم **٤٣** لسنة **١٩٨٢**م في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأن: (الأحكار مأخوذة أحكامها أصلًا من الشريعة الإسلامية التي شرعتها لتعمير أعيان تم

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ١٦٤ لسنة ١٩ ق بجلسة ٣/ ٧/ ١٩٩٩م].

وقفها، وليس بيد ناظرها من غلتها ما يكفي لإصلاحها، وكان استبدالها متعثرًا كذلك، ولا يوجد من يطلبها بأجرة تغلها للإنفاق منها على ما يعمرها)[1].

- **النص الرابع:**

الفقرة الأخيرة من المادة (١١ مكررًا ثانيًا) من المرسوم بقانون رقم **٢٥** لسنة **١٩٢٩**م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم **١٠٠** لسنة **١٩٨٥**م بشأن تمهل المحكمة قبل التفريق بين الزوجين.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأن: (نص المادة (**١١** مكررًا ثانيًا) من المرسوم بقانون المشار إليه قد توخى بالإجراءات التي أنشأها - على تتابع حلقاتها وأحكامها - أن تتروى الزوجة في طلب التطليق حفاظًا على عرى الزوجية من أن تنفصم، وسدًا لذريعة أن تهتبل الزوجة دعوة الزوج لها بالعودة إلى بيت الزوجية، فتبادر إلى إبداء طلب التطليق بمجرد إعلانها بتلك الدعوة، كما تغيا تمهل المحكمة قبل التفريق بين الزوجين، فألزمها ببذل الجهد في الإصلاح بينهما إعمالا لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ﴾ [النساء: ١٢٨]،

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم **٧٣** لسنة **١٩** ق بجلسة ٧/ ٢/ ١٩٩٨م].

أي خير من الفراق - وأوجب عليها أن تسعى بينهما معروفًا ناظرةً في أحوالهما، مستوضحةً خفاياها، وأن تلتمس لذلك كل الوسائل توجيهًا وتبصيرًا وتوفيقًا، فإن استبان لها جهدها قصر عن بلوغ الأغراض التي توخاها، وإن خلافهما قد استحكم بينهما كان عليها أن تحيل أمرهما إلى حكمين أو ثلاثة - لمعاودة السعي الإصلاح بينهما - ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدره على التوفيق وإزالة الخلاف بينهما كي ما يتعرفوا حالهما ويستظهروا ما خفي بينهما من أسباب النفور لإزالة رواسبها، امتثالًا لقول الحق سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥]، فإذا ثبت بعد استنفاذ السبل متقدمة الذكر أن الأسرة لا يصلحها خصام استفحل مداه، فمزق تماسكها ووحدتها، ودهمها بالتالي تباغض مستفحل، بما يصد عنها التراحم والتناصف والمودة والرحمة، وكان النص الطعين إذ أجاز - في نهاية المطاف - التفريق بين الزوجين أمضهما نزاع متأصل قد هيأ لهما مخرجا يردُ عنهما الحرج، ويرفع الضرر ويزيل العسر، فلا تكون حياتهما وزرًا وهضمًا، ولا عوجًا وأمتا، وكان ذلك كله واقعًا في إطار الشريعة الغراء بما لا يُنافي مقاصدها وبمراعاة أصولها)[١].

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ١٩٧ لسنة ١٩ ق بجلسة ٣/ ٤/ ١٩٩٩م].

المبحث الثامن

أهم النصوص القانونية التي رفضت المحكمة الدستورية العُليا القضاء بعدم دستوريتها استنادًا لكونها غير قطعية الثبوت قطعية الدلالة

وعلى عكس ما تقدم في المبحثين السابقين، فإن المحكمة الدستورية العُليا رفضت بعض الطعون على نصوص قانونية مخالفة لأحكام الشريعة استنادًا لكونها (غير قطعية الثبوت قطعية الدلالة)، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- **النص الأول:**

المادة (١٨) من القانون **١٣٦** لسنة **١٩٨١**م التي جرى نصها على أنه: (لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: (أ) الهدم الكلي أو الجزئي . . (ب) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة . . (ج) إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر . .)، وهو النص الذي بمقتضاه مُدت عقود إيجار الأماكن الخاضعة لحكمه[1]

---

(١) أي المحررة عقودها قبل العمل بقانون ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان أحكام =

لمدد غير محددة ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد حسبما جرى صريح نص المادة المشار إليها.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة: (الحكم قطعى الثبوت فى شأن العقود كافة هو النص القرآنى الكريم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقد اختلف الفقهاء اختلافًا كبيرًا فيما هو مقصود بالعقد فى تفسير الآية الكريمة، ونضحت كتب المفسرين بهذا الاختلاف الذى كشف عن ظنية دلالة النص بالرغم من قطعية ثبوته، ورجح متفقًا عليه بعد كل خلاف أن النص قد تضمن أمرًا بتنفيذ العقود قاطبة وإنفاذ آثارها، وهو أمر يشمل عقد الزواج الذى عنى العزيز الحكيم بترتيب أحكامه، كما يشمل العقود المالية التى اتفق الفقهاء على أن إرادة المتعاقدين فيها لها سلطان ما دامت لا تخالف أمرًا مقررًا بنص قطعي فى ثبوته ودلالته، وحيث إن عقد الإيجار قد رحبت الآفاق فيه لاجتهاد الفقهاء وحدهم، وقادهم اجتهادهم فى شأن مدته إلى القول بوجوب أن يكون مؤقتًا، أما المدة التى يؤقت إليها فقد اختلفوا فيها اختلافًا شديدًا، ومن ذلك قولهم أنه يجوز إجارة العين المدة التي يعيش إليها المتعاقدان عادة، وأن التأقيت قد

= القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت عقود إيجارها أو تنتهي دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

يكون بضرب أجل ينتهي بحلوله العقد، أو بجعل أجله مرهونًا بحدوث واقعة محمولة على المستقبل، وحيث إن النص الطعين لم يعمد إلى تأبيد عقد الإيجار، وإنما هو قصد إلى تقرير امتداد لهذا العقد يتجاوز المدة المتفق عليها فيه، وهو امتداد وإن كان غير محدد بمدة معينة، إلا أن مدته تتحدد بوقائع عدة..

إذ كان ذلك وكان النص الطعين فيما أتاه من حكم، لم يخرج عن دائرة ما اجتهد فيه الفقهاء وكان له أن يخرج ولم يخالف حكمًا شرعيًا قطعي الثبوت والدلالة، وإنما هو قرر أمرًا لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وهو أمر يندمج مع باقي ما تراضى عليه المتعاقدان من شروط، لتصبح في مجموعها هي أحكام العقد من حقوق والتزامات، يمتثل العاقدان فيه معًا للأمر القرآني الكريم: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾، فإنه بذلك لا يكون قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية من أي وجه من الوجوه)[(١)].

- **النص الثاني:**

الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم **٢٥** لسنة **١٩٢٩**م المعدلة بالقانون رقم ٤ لسنة **٢٠٠٥**م التي تنص على أن:

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم **١٠٥** لسنة **١٩** ق بجلسة **٣/ ١١/ ٢٠٠٢**م].

(ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة).

وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العُليا بأن: (وحيث إن المدعي ينعي على النص المطعون فيه مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن رفع سن حضانة الصغيرة حتى بلوغها الخامسة عشرة، وتخييرها عند بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حتى تتزوج، يُخالف المبادئ قطعية الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية، والتي حددها الفقهاء بالنسبة للصغيرة بين سبع وتسع سنوات فضلًا عن مخالفة النص ذاته لأحكام الدستور التي تقضي بأن الأسرة هي أساس المجتمع وتقوم على مبادئ الدين والأخلاق والوطنية، كما أن زيادة السن يؤدي إلى تفسخ الأسرة وانهيارها بجعل زمام الأمر في يد المرأة بما يخالف نصوص المواد (٢)، (٩)، (١٠)، (١١)، (١٢) من دستور سنة ١٩٧١م المقابلة للمواد (٢) و(١٠) و(٢١٩) من الدستور الحالي.

وحيث إن هذا النعي مردود في جملته، ذلك أن مؤدى نص المادة الثانية من دستور سنة ١٩٧١م، والتي رددتها المادة الثانية من

الدستور الصادر سنة ٢٠١٢م القائم أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، ومن غير المتصور أن يتغير مفهومها تبعًا لتغير الزمان والمكان، وعلى خلاف هذا تأتي الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معًا فهذه الأحكام هي التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، متوخيًا تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما يقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتًا لولي الأمر يستعين عليه في كل مسألة بخصوصها، وبما يُناسبها بأهل النظر في الشئون العامة، وأية قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكمًا شرعيا قطعيًا، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم.

وحيث إن الحضانة في أصل شرعتها، هي ولاية للتربية غايتها

الاهتمام بالصغير وضمان رعايته، والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفًا بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية - القطعية في ثبوتها ودلالتها - لا تقيم لسن الحضانة تخومًا لا يجوز تجاوزها، ومن ثَمَّ يتعين أن يتحدد مداها بما يكون لازمًا للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره، وقد دل الفقهاء باختلافهم في زمن الحضانة، على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون سن الحضانة محددًا بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان، بل يتسم بقدر من المرونة التي تسعها في أحكامها الفرعية المستجيبة دومًا للتطور، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يعقد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعًا قد جاوزتها.

وإذ كان لولي الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، فإن ما نحاه النص التشريعي المطعون فيه من تعديل في تحديد السن التي تنتهي بها

حضانة الصغيرة، ورفعه إلى خمس عشرة سنة، وإعطاء الصغيرة عند بلوغ هذه السن حق الاختيار لا يعدو أن يكون تقريرًا لأحكام عملية في دائرة الاجتهاد أملتها التغيرات التي طرأت على المجتمع والأسرة، بألا يصادم الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، وهو في ذلك لم يصدر عن نظرة تحكمية بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون تقتضي عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره، اتساقا مع المستجدات الاجتماعية والثقافية وبما لا يخرج عن دائرة الاجتهاد أخذا في الاعتبار أن الصغير في هذه السن، قد أضحى أكثر تمييزًا وقدرة على تقدير الأصلح له.

لما كان ذلك، وكان المقرر أن وجود الصغير في يد حاضنته سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة أو بعد بلوغها - حين يختار الصغير البقاء معها - لا يغل يد والده عنه، ولا يحد من ولايته الشرعية عليه، وكان النص المطعون فيه - سواء فيما يتعلق بتحديد سن الحضانة أم في وجوب تخيير الصغيرة عند بلوغ الخامسة عشرة - قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعًا في نطاق توجهاتها العامة التي تحض على الاجتهاد في غير أحكامها القطعية في ثبوتها ودلالتها، إذ كان ذلك فإن قالة

مخالفة هذا النص لمبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثَمَّ الدستور لا يكون لها محل)[1].

- **النص الثالث:**

الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه: (لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١م ما لم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة).

وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية بأنه: (وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته مبادئ الشريعة الإسلامية وإهداره مبدأ الحرية الشخصية، ذلك أن تقييد الحق في الزواج باعتباره مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها، ولا قوام للأسرة وتراحمها بعيدًا عنه، إنما يكشف عن إخلال المشرع بالالتزام الدستوري بالمحافظة على القيم الدينية والأخلاقية للمجتمع، كما أنه

---

(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٧ ق بجلسة ١٢/٥/٢٠١٣م].

يخالف ما استقر عليه شرعًا من إباحة إثبات الزواج بكافة طرق الإثبات، فضلًا عما يتضمنه من تفرقة لا مبرر لها دستوريًا بين إثبات كل من الزواج والطلاق، إذ اشترط النص لإثبات الزواج- عند الإنكار - أن يكون ذلك بوثيقة رسمية، بينما اشترط لقبول دعوى الطلاق أن يكون الزواج ثابتًا بأية كتابة، وخلافًا للأصل المقرر شرعًا من جواز إثبات أيهما بكافة طرق الإثبات، الأمر الذي يخالف أحكام المواد (٢)، (٩)، (١٢)، (٤٠)، (٤١) من الدستور.

وحيث إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠م - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلًا، ومن غير المتصور

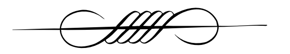
بالتالي أن يتغير مفهومها تبعًا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها وبدلالتها أو بهما معًا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعًا، ولا يُعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دومًا واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزمًا ضوابطها الثابتة متحريًا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلًا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، مُستلهمًا في ذلك كله حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة ومتلاقية معها، ومن ثَمَّ كان حقًا على ولي الأمر عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثمًا.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الحرية الشخصية تُعد أصلًا يهيمن على الحياة بكل أقطارها، لا قوام لها بدونها، إذ هي محورها وقاعدة بُنيانها، ويندرج تحتها بالضرورة تلك

الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج، وما يتفرع عنه من الحق في تكوين أسرة وتنشئة أفرادها، وكلاهما من الحقوق الشخصية التي لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها، ولا تعمل كذلك بعيدًا أو انعزالًا عن التقاليد التي تؤمن بها الجماعة التي يعيش الفرد في كنفها، بل تعززها وتزكيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها، لما كان ذلك وكان الزواج- شرعًا - وإن كان هو مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها، ولا قوام لقوة الأسرة وتراحمها بعيدًا عنه، إذا التزم طرفاه بإطاره الشرعي، وتراضيا على انعقاده، ذلك أن الزواج شرعًا ليس إلا عقدًا قوليًا يتم لمن هو أهل للتعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين في محل العقد، ويشترط أن تتحقق العلانية فيه من خلال شاهدين تتوافر لهما الحرية والبلوغ والعقل، وحيث إن تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص يُعد من القواعد الشرعية المقررة، وأنه يجوز لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوى، وأن يُقيد السماع بما يراه من القيود تبعًا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بها، وأَلِفَ الناس هذه القيود واطمأنوا إليها بعد أن تبين ما لها من

عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسرة.

وقد دلت الحوادث على أن عقد الزواج - وهو أساس رابطة الأسرة - في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره، لما له من شرف وقدسية تحمل على ضرورة حمايته من الجحود والإنكار، والبعد به عن المفاسد، وما يترتب على ذلك من ضياع الحقوق أو العبث بها، لما كان ذلك وكانت أحكام الشريعة الإسلامية قد خلت من نص قطعي الثبوت أو الدلالة يحول بين ولي الأمر واشتراط إثبات الزواج - عند الإنكار - بوثيقة رسمية في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس **١٩٣١**م تحقيقًا للمقاصد آنفة البيان، فإن قالة مخالفة هذا النص لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، أو إخلاله بمبدأ الحرية الشخصية والحق في تكوين الأسرة، أو تكريس الإخلال بالقيم الدينية والأخلاقية للمجتمع، يكون على غير أساس خليقًا بالرفض)[١].



(١) مجموعة أحكام الدستورية: [الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٨ ق بجلسة ٧/ ٦/ ٢٠٠٩م].

المبحث التاسع

التعديل اللازم لتفعيل المادة الثانية

بشأن كافة قوانين الدولة

الحق أن تعديل صيغة المادة الثانية لتشمل سائر قوانين الدولة قبل وبعد تعديل مايو ١٩٨٠م هو أمر هام، إذ أن القوانين السابقة على تعديل مايو ١٩٨٠م - والتي هي بمنأى عن الخضوع لمبدأ الشرعية الدستورية بموجب المادة الثانية - كثيرة ومؤثرة.

بيد إن تعديل هذه المادة لهذا الغرض ليس بضرورةٍ حتميةٍ، فإخضاع القوانين السابقة للقيد الدستوري قد يتم من خلال ثلاث طرق:

الأول: من خلال إعادة صياغة المادة الثانية، وإدخال تعديل عليها بإضافة فقرة أو مادة انتقالية تفيد ذلك.

الثاني: من خلال البرلمان، بأن يُدخل على القوانين الصادرة قبل تعديل **٢٢** مايو عام **١٩٨٠**م التعديلات اللازمة لتتفق في أحكامها مع أحكام الشريعة، وأن يواكب إصدار تلك التشريعات وتنفيذها تهيئة المناخ العام الملائم في مجالات التعليم والتربية والإعلام

والثقافة والتكافل الاجتماعي وغيرها من المجالات، وإلغاء التشريعات الاستثنائية والمحاكم الاستثنائية على نحو ما انتهى إليه مؤتمر العدالة الأول بمصر المنعقد في (إبريل ١٩٨٦م)، وهو أحد أهم المؤتمرات الخاصة بالمطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية، وقد شارك فيه عدد كبير من العلماء وشيوخ القضاء.

الثالث: من خلال المحكمة الدستورية العليا، بأن تُقر مبدأ مضمونه أن نص المادة الثانية يسمو على نصوص الدستور، وأن إدراجه في الدستور هو كشف عن واقع لا إنشاء لحق، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروعات القوانين الإسلامية التي تمت صياغتها عام ١٩٧٩م بمعرفة لجان موسعة من الفقهاء وأساتذة القانون في مصر حيث قررت بأن: (النص الدستوري لم يكن مُنشًا لحقيقة اجتماعية بقدر ما كان كاشفًا لها)، وهو ذاته ما صرح به أساتذة وفقهاء القانون المعاصرين في قولهم: (المادة الثانية فوق الدستور)، وهو ما صرح به الدكتور أحمد فتحي سرور والدكتور مفيد شهاب والدكتور إبراهيم درويش والمستشار طارق البشري وغيرهم، ومن ثمَّ فإعمال هذا النص واجب حتى بشأن القوانين السابقة على التعديل[١].

---

(١) تنص جُل دساتير الدول على مبادئ وقيم تعبر عن ثقافة شعبها وواقعها =

. . . .

= الاجتماعي وأهم مقوماتها، ولذلك فإنه يوجد دائمًا وأبدًا قدرًا مشتركًا من المبادئ بين مختلف دساتير دول العالم والتي لا تختلف باختلاف الشعوب ونظمها السياسية كالمبادئ الخاصة بالحقوق والحريات والعدالة والمساواة، فهذه مقومات أساسية لأي مجتمع وأي دولة، وإغفال النص على هذه المبادئ والقيم لا يعني امتهانها أو أنه يجوز للنظم الحاكمة النيل منها وعدم احترامها، إذ هي أعلى قيمة وشأنًا من الدستور، كذلك الحال في المبادئ التي تعبر عن هوية المجتمع، إذ لكل مجتمع هوية وخصائص تميزه عن غيره، والنص في دستور الدولة على هذه الهوية والخصائص لا يعني تقريرها، بل النص ما هو إلا كاشف عن هذه الحقيقة التي لا يماري فيها أحد من أفراد المجتمع، ولا شك أن مصر دولة عربية إسلامية عريقة بحكم التاريخ والواقع، وقد كان الإسلام في مختلف العصور منذ فتح مصر ذا دور كبير في تحديد واقع شعبها الاجتماعي حتى عُد أهم مقومات المجتمع المصري، وهو ما فرض نفسه على كافة دساتير الدولة المتعاقبة حيث نصت موادها الأولى دومًا على أن (الإسلام دين الدولة)، ولذا فقد جاء نص (المادة الثانية) من دستور **١٩٧١** المعدلة في مايو **١٩٨٠** عاكسًا لهذا الواقع الاجتماعي حيث بات الرجوع إلى التشريع الإسلامي ضرورة قصوى حتى لا تكون ثمة فجوة بين طبيعة واقع المصريين الاجتماعي وبين القوانين التي تحكمهم، فلا ريب أن القانون ينبغي أن يعكس بصدق أحوال المجتمع المادية والفكرية وأن يحقق متطلباته وآماله، ومؤدى ذلك أن إدراج نص (المادة الثانية) في الدستور ما هو إلا كشف عن واقع لا إنشاء لحق، وهذا هو مفهوم عبارة (فوق الدستور) أي أن إدراجها ضمن مواد الدستور ما هو إلا تقرير لواقع اجتماعي لا يجوز التغاضي عنه لا إنشاء لحق دستوري، هذا من ناحية. =

والمحكمة الدستورية العُليا ذاتها لم تراع القيد الزماني الذي أقرته سوى بخصوص إعمال أحكام الشريعة الإسلامية في شأن القوانين السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور في مايو ١٩٨٠م، دون إعماله في غير ذلك من النصوص، وعلى سبيل المثال قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (٤٨) من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م لخروجها على مقتضى نصوص المواد (٤١)، (٦٥)، (٦٦)، (٦٧) من الدستور على الرغم من النصوص الدستورية المشار إليها لاحقة على النص القانوني المقضي بعدم دستوريته[1].

= ومن ناحية أخرى فإن مبادئ الدستور ونصوصه درجات في أهميتها وقيمتها، فمثلًا النصوص الخاصة اختصاصات رئيس الجمهورية والسلطة التنفيذية بصفة عامة أقل في الرتبة من النصوص الخاصة بالحقوق والحريات والعدالة والمساواة، وهنا تبرز أهمية قولهم (فوق الدستور) بمعنى أن رتبتها - أي رتبة المادة الثانية - تعلو على باقي المبادئ والنصوص الدستورية وذلك بحكم الواقع الاجتماعي والثقافي للمجتمع المصري.

(١) وفي شأن ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا [الطعن رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق بجلسة ٢/٦/٢٠٠١م] بأنه: (دل الدستور - بنص المادة ٦٦ منه - على أن لكل جريمة ركنًا ماديًا لا قوام لها بغيره يتمثل أساسًا في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي مفصحًا بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائي ابتداءً في زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه إيجابيًا كان هذا الفعل أم سلبيًا، ذلك أن العلائق التي ينظمها هذا القانون في مجال تطبيقه =

. . . .

= على المخاطبين بأحكامه محورها الفعال ذاتها في علامتها الخارجية ومظاهرها الواقعية وخصائصها المادية، إذ هي مناط التأثيم وعلته، وهي التي يتصور إثباتها ونفيها وهي التي يتم التمييز على ضوئها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها وتقدير العقوبة المناسبة لها ولا يتصور بالتالي وفقًا لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا إقامة الدليل على توافر السببية بين مادية الفعل المُؤثم، والنتائج التي أحدثها بعيدًا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه، ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التي يضمرها الإنسان في أعماق ذاته - تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكًا خارجيًا مؤاخذًا عليه قانونًا، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها وتم التعبير عنها خارجيًا في صورة مادية لا تخطئها العين فليس ثمة جريمة). .
ثم أردفت: (من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرًا ويتعين بالتالي - ضمانًا لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو إبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها، كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يُحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تُعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء =

فضلًا عما تقدم، فإن الشطر الأول من المادة الثانية الذي يقضي بأن (الإسلام دين الدولة) نص مضطرد في كل الدساتير المصرية سابق على كل التشريعات والقوانين، وهو نص متضمن لذات حكم الشطر الأخير منها الذي يقضي بأن (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، ومن ثمَّ فإعمال حكمه واجب بشأن كل النصوص القانونية المخالفة للشريعة واجب، وهو النظر الذي أيدته نيابة النقض (القسم المدني) في مذكرتها المقدمة في الطعن رقم **٤٣٣** لسنة **٦٠** ق واعتبرت كل حكم مخالف لمقتضى الشطر الأول من المادة الثانية منسوخ ضمنًا بقوته الدستورية، وهو ما أعملته محكمة النقض في شأن غير نص المادة الثانية من الدستور في أكثر من حكمٍ لها، من ذلك على سبيل المثال:

= فيه، وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارًا لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها لكي يدفعوا عن حقهم في الحياة، وكذلك عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكس العقوبة، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالًا حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقًا لنص المادة ٦٧ من الدستور).

أولًا: رفض تطبيق نص المادة (١٧٢) من القانون المدني الخاصة بالتقادم الثلاثي لدعوى التعويض على أساس مخالفتها لنص المادة (٥٧) من دستور ١٩٧١م برغم أن الأولى سابقة في وجودها على المادة الأخيرة.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأنه: (لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول عن أحكامه، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها، وكان التشريع لا يُلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحةً أو يدل عليه ضمنًا وكان إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فإذا ما أورد الدستور نصًا صالحًا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويُعتبر الحكم المخالف له في هذه الحال قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه. . لما كان ذلك وكان النص في المادة (٥٧) من الدستور المعمول به في ١١ سبتمبر ١٩٧١م على أنه: (كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضًا عادلًا لمن وقع عليه الاعتداء)،

مفاده أن الاعتداء الذي منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها في غير الحالات التي يقرها القانون كجرائم الاعتداء على الحرية التي يرتكبها المسئولون في سلطة الدولة اعتمادًا عليها ويدخل في نطاقها الجريمة المعاقب عليها بالمادة (١٢٦) من قانون العقوبات والتي تنص على أن: (كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشرة وإذ مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدًا)، وكان الحكم الصادر من محكمة أول درجة - والمؤيد بالحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون ضده قد وقف سريانه منذ وقوع التعذيب والاعتداء على حرية المطالب بالتعويض في سنة ١٩٥٥م وحتى صدور دستور سنة ١٩٧١م - انتهى إلى أن الدعوى المدنية الناشئة عن هذا الاعتداء لا تسقط بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون لأنه أعمل الأثر المباشر لنص المادة (٥٧) من الدستور التي اعتبرت مُلغية لنص المادة (٩٧٢) من القانون المدني في صدد هذه الجرائم بقوة نفاذ الدستور دون حاجة إلى تدخل من المشرع)[١].

---

(١) مجموعة أحكام النقض: [الطعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق بجلسة ١٣/ ٣/ ١٩٨٠م].

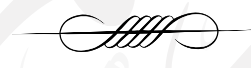
ثانيًا: رفض تطبيق نص المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م قبل تعديلها بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢م لمخالفتها المادة (٤٤) من دستور ١٩٧١م، برغم أن الأولى سابقة في وجودها على المادة (٤٤) من الدستور.

وفي شأن ذلك قضت المحكمة بأنه: (حيث إن النيابة العامة تنعي على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى ببراءة المطعون ضده من تهمة إحرازه في ٢٤ سبتمبر ١٩٧٢م جوهرًا مخدرًا بقصد الاتجار فقد ابتنى على خطأ في تطبيق القانون ، ذلك بأنه أقام قضاءه على بطلان أمر النيابة العامة بتفتيش مسكن المطعون ضده لعدم تسبيب الأمر ، في حين أن حكم المادة (٤٤) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر والمعمول به في ١١ سبتمبر ١٩٧١م فيما قضى من حظر دخول المساكن أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب لم يعمل به إلا من تعديلها في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٢م بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢م بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين في القوانين القائمة ومنها المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية من بعد وقوع الواقعة مثار الاتهام. .

وحيث إنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة، فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند

أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ، ويستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقًا أو لاحقًا على العمل بالدستور، فإذا ما أورد الدستور نصًا صالحًا بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى ، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، ويُعتبر الحكم المخالفة له في هذه الحال قد نُسخ ضمنًا بقوة الدستور نفسه، لما كان ذلك وكان ما قضى الدستور في المادة (٤٤) من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقًا لأحكام القانون ، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي مسبب ، ذلك بأنه ليس يجوز البتة للمشرع من بعد أن يُهدر أيًا من هذين الضمانين - الأمر القضائي والمسبب اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن - فيسن قانونًا يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما ، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية والدستورية، أما عبارة (وفقًا لأحكام القانون) الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المساكن أو تفتيشها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون ، ومن ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة (٤٥) من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شابه ذلك وما نصت عليه

المادة (١٩١) من الدستور من أن: (كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحًا نافذًا ، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور)، فإن حكمها لا ينصرف بداهةً إلا إلى التشريع الذي يُعتبر ملغيًا أو معدلًا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع ، ومن ثمَّ يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه إجراء لا مندوحة عنه منذ العمل بأحكام الدستور دون تربص صدور قانون أدنى ، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد)[١] .



(١) مجموعة أحكام النقض : [الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق بجلسة ٢٤/ ٣/ ١٩٧٥م].

المبحث العاشر

التوجهات الرافضة للمادة الثانية

تعرضت المادة الثانية من الدستور لحملات مُغرضة من الرافضين لتطبيق الشريعة الإسلامية الغراء، يُطالبون تارةً بحذفها، وتارةً بتعديلها بالعودة بها إلى النص القديم قبل تعديل **٢٢** مايو عام ١٩٨٠م، وتارةً باستبدال عبارة (الشرائع السماوية) بـ(الشريعة الإسلامية).

فيقول سليم نجيب – قاض سابق بمحكمة مونتريال بكندا ومحام وكاتب نصراني مصري مقيم بكندا: (العلمانية تعني ببساطة فصل السلطتين الدينية والسياسية مع ضمان احترام المعتقدات الدينية والهويات الثقافية والروحية للشعوب والمجتمعات.. إن النص الرسمي على دين الدولة ليس موجودًا في أي دولة مدنية محترمة في العالم أجمع.. إن تلك المادة التي صبغت الدولة صبغة دينية تنتهك انتهاكًا صارخًا المواد (١٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية، وكذلك المادة الثانية من القرار رقم ٤٧ لسنة **١٣٥** بشأن إعلان حقوق

الأشخاص المنتمين إلى أقليات دينية الصادرة في ديسمبر **١٩٩٢**م من الجمعية العامة للأمم المتحدة)[١].

ويقول جاك عطا الله - طبيب وأستاذ بجامعة كاليفورنيا نصراني مصري مقيم بالولايات المتحدة الأمريكية: (تنص المادة الثانية من الدستور المصري والمتهمة بتلويث البيئة السياسية والدينية في مصر على الآتي.. منذ تاريخ إدخال المادة الملوثة للدستور عام **١٩٧١**م، ثم إضافة الألف واللام لهذه المادة السرطانية عام **١٩٨٠**م، والتي قام بها المغدور السادات لإنشاء دولة دينية في مصر بتحالف كاثوليكي مع الجماعات الإسلامية لتثبيت حكمه، تلوثت البيئة المصرية بمبيد أشد فتكًا من الدي دي تي ومن التي إن تي.. حان الوقت لنقول لهذه المادة الحمقاء والشريعة التي تستند عليها كفاكم، لقد قرفنا من هذه المادة ومن تراثها السقيم ومن الآن لن نقبل هذا الاستحمار العلني لن نقبل استعبادنا داخل وطننا)[٢].

وقال إكرام لمعي - رئيس لجنة الإعلام بالكنيسة الإنجيلية: (إنه يجب أن يؤكد دستور مصر على أن مصر دولة مدنية علمانية بالمعنى الإيجابي تضم أتباع الأديان، حتى الأرضية منها، وأن

---

(١) مجلة الحوار المتمدن بتاريخ ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٦ م.

(٢) مجلة الحوار المتمدن بتاريخ ١٩ فبراير ٢٠٠٧ م.

تُلغى المادة الثانية من الدستور)[1].

ويقول العلماني المعروف سعد الدين إبراهيم - مدير مركز ابن خلدون للدراسات: (إنه كان يتمنى أن يتم تغيير المادة الثانية من الدستور المصري التي تقضي بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع وقال: تقدمنا بتعديل يقضي بأن: الشرائع السماوية مصدر أساسي للتشريع)[2].

وتقول الصحفية العلمانية فاطمة ناعوت: (هل يعلم السادة المقاتلون من أجل إبقاء البند العنصري الثاني في الدستور القديم أن ثورة مصر الشريفة التي صنعها شبابنا في يناير قد غسلت على المسلمين والعرب ذلك الإثم الذي ظل يلاحقهم في عيون العالم . . يجب أن تؤدى حقوق الأقباط لأن حقوقهم مهدرة، وثورة يناير لن تكتمل إلا برد حقوقهم المهدرة، وأن يُطالب المسلمون بها أيضًا لأن مسيحي مصر هم أجدادنا قديمًا)[3].

ويقول رفيق جريش - المتحدث الرسمي للكنيسة الكاثوليكية: (نحن نريد دستورًا يؤكد مدنية الدولة، وأن يتم إلغاء المادة الثانية من

---

(١) صحيفة المصريون الإلكترونية بتاريخ ١٥ فبراير ٢٠١١ م.

(٢) مجلة نيوزويك بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٧ م.

(٣) صحيفة اليوم السابع بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠١١.

الدستور، وكفالة حرية الانتقال بين الأديان بلا قيود، وطالب ألا يحتوي الدستور على أية صبغة دينية، ولو كان هناك إصرار على بقاء المادة الثانية من الدستور فيجب تعديلها لتكون الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع، وليس المصدر الرئيسي بالإضافة لوضع الأديان السماوية الأخرى كأحد مصادر التشريع في الدستور)[1].



(١) صحيفة المصريون الإلكترونية بتاريخ ١٥ فبراير ٢٠١١ م.

المبحث الحادي عشر

دفع شُبهة تأثير المادة الثانية على حقوق غير المسلمين في مصر

لعله قد اتضح من المبحث السابق أن الشُبهة الأساسية التي يطعن العلمانيون وأعداء الشريعة من خلالها على المادة الثانية من الدستور هي كونها - على حد زعمهم - تُشكل خطرًا حقيقيًا على وحدة المجتمع إذ تمس حقوق غير المسلمين.

والحقُ أن الخوف من تفعيل المادة الثانية وتأثيرها على حقوق غير المسلمين هو خوف متوهم، لأن حرية الاعتقاد كانت ولا زالت مكفولة دومًا، ولا تعلق لها على الإطلاق بالمادة الثانية، بل إن هذه المادة كانت بمثابة صمام أمان لغير المسلمين، لأن النصوص الوضعية يتصور فيها الجور والحيف والظلم بخلاف أحكام الشريعة التي بلغها النبي ﷺ عن الله ﷻ، هذا على وجه الإجمال.

أما على التفصيل، فالأصل في أهل الكتاب تركهم وما يدينون، فيقرون على عقائدهم وأعمالهم التي يعتبرونها من أمور دينهم، كضرب الناقوس داخل معابدهم، وقراءة التوراة والإنجيل فيما بينهم، ولا يُمنعون من ارتكاب المعاصي التي يعتقدون بجوازها

كشرب الخمر واتخاذ الخنازير وبيعها، أو الأكل والشرب في نهار رمضان، وغير ذلك فيما بينهم أو إذا انفردوا بقرية، وفي الجملة لهم حرية في ممارسة شعائر دينهم، ويمتنع إكراه أحد منهم على الإسلام، وأحلت الشريعة معاملتهم، والأكل من ذبائحهم، والتزوج بنسائهم، وزيارتهم، وعيادة مرضاهم، وتقديم الهدايا لهم، ومبادلتهم البيع والشراء ونحو ذلك من المعاملات.

أما نظم الجرائم والعقوبات فهذه يخاطبون بها شأنهم شأن المسلمين على حد سواء في الجملة، إلا شرب الخمر فلا يُتعرض لهم فيه - عند بعض الفقهاء - لما يعتقدون من حلها ومراعاةً لعهدهم، إلا إن أظهروا شربها، فالشريعة وسَّعَت عليهم أكثر من توسعتها على المسلمين الذين حرمت عليهم الخمر والخنزير.

وكذلك المعاملات المدنية كالبيوع والإجارة والمضاربة والمزارعة ونحوها من العقود وسائر التصرفات المالية شأنهم فيها شأن المسلمين، ولا تصح منهم عقود الربا والعقود الفاسدة والمحظورة التي لا تصح من المسلمين كذلك.

أما أحكام الأحوال الشخصية فالشريعة تُقر غير المسلمين من اليهود والنصارى كلًّا على ملته.

ولعل من المفيد هنا أن نشير إلى ما عليه العمل في الدول الغربية في مجال تطبيق القوانين على المسلمين وغير المسلمين، فجُل

قوانينها الخاصة بالجرائم والعقوبات والمعاملات المدنية تطبق على جميع المقيمين على أرضها بلا فارق بين مسلمين أو غيرهم، وبعض هذه الدول تطبق قوانينها الخاصة بالأحوال الشخصية على الجميع دون تفرقة بين مسلم وغير مسلم، ودون مراعاة الأحكام الخاصة بالمسلمين، كما في القانون الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات مطلقًا، ويرفع سن الزواج، بل جُل أنظمة هذه الدول تمارس التفرقة العنصرية على أساس الدين، فيمنعون ارتداء الحجاب في المدارس، والمنتقبات هناك يُساء إليهن إساءة بالغة وهم محرومون في بلاد كهولندا وبلجيكا من جميع حقوقهن تقريبًا، والمسلمون بصفة عامة يتعرضون في مواقع عملهم لمضايقات بشكل يحول دون ممارستهم شعائرهم الدينية كالصلاة والصيام وارتداء الحجاب في القطاعات العامة، كما يتعرضون لصعوبات في مجال توفير الرعاية الدينية لنزلاء المستشفيات والسجون من أبناء دينهم، بخلاف المضايقات التي يتعرضون لها عند بناء المساجد وتسيير أعمالها، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالذبائح وفق الطرق الإسلامية، بالإضافة لمنعهم من دفن موتاهم وفقًا لأحكام دينهم.

وحاصل ما تقدم أن مخاوف غير المسلمين من تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر هي مخاوف متوهمة لا حقيقة لها، وهو ما دفع

أحدهم وهو الدكتور نبيل لوقا بباوي - وهو رجل قانون وكاتب نصراني مصري معروف - إلى القول بأن: (المادة الثانية من الدستور لا يفهمها المتعصبون الذين يُهاجمونها).

ويقول: (إن النص على أن الإسلام هو دين الدولة، لا يتضايق منه إلا الأقباط المتعصبون فقط، لأن الدولة فكرة قانونية، لا دين لها، فالدولة لا تتوجه للصلاة ولا للحج، والدولة لا تصوم لأنها شخص اعتباري، والشخص الاعتباري لا دين له، لأن الدين يكون بالنسبة للشخص الطبيعي فقط، والمقصود بأن الإسلام دين الدولة، هو أن الغالبية العظمي من سكان مصر يدينون بالإسلام، وهذه حقيقة واقعية، كما لو قلنا إن فرنسا دولة مسيحية).

ويقول: (تطبيق الشريعة الإسلامية في المسائل المدنية والتجارية وغيرها من المسائل الحياتية، لا يمنع المسيحيين من الخضوع للشريعة الإسلامية، حيث إن الإنجيل ليست به نصوص موضوعية لمناهج الحياة، مثل المواريث أو العقود أو المعاملات المدنية والتجارية).

ويقول: (إن إلغاء المادة الثانية فيه استفزاز لإخواننا المسلمين وسوف يجلب من الضرر للأمة المصرية، بجناحيها المسلمين والمسيحيين، وليس في إلغائها أي نفع لجناحي الأمة).

المبحث الثاني عشر

حق المواطنة والمرجعية الدينية في الدساتير الغربية

إن اتهام نص (المادة الثانية) من الدستور المصري بأنها تنافي حقوق المواطنة، وأنها تبث روح الفرقة والتمييز بين طوائف الشعب، هو اتهام باطل لا أساس له من الصحة، إذ لا تعلق لحق المواطنة بكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، بل إن نصوص الشريعة الإسلامية في معاملة أهل الكتاب كانت ولا زالت ولن تزل أوفى وأشمل وأضبط من أية نصوص قانونية.

بل إن أكثر دول العالم تحضرًا وتقدمًا في العصر الحاضر تنص المواد الأولى من دساتيرها على المرجعية الدينية بها، بل والمذهبية أيضًا، فمثلًا (الدستور اليوناني) ينص في (البند الأول) من (مادته الثالثة) على أن: (الديانة السائدة في اليونان هي ديانة الكنيسة الأرثوذكسية الشرقية المسيحية، والكنيسة الأرثوذكسية اليونانية، اعترافًا منها بأن إلهنا يسوع المسيح هو رئيسها متحدًا اتحادًا لا ينفصم من حيث العقيدة مع كنيسة المسيح العظمى في القسطنطينية ومع كل كنيسة أخرى للمسيح تتبع نفس العقيدة وتتقيد دومًا بالقوانين المقدسة

الرسولية والخاصة بالمجمع الكنسي وكذلك بالتقاليد المقدسة..).

وينص (البند الثاني) من (المادة الثالثة والثلاثين) من (الدستور اليوناني) على أن: (يُؤدي رئيس الجمهورية - قبل أن يتولى ممارسة واجباته - القَسَم التالي أمام البرلمان: أُقسم باسم الثالوث المقدس ذي الطبيعة المشتركة الذي لا انفصام فيه بأن أصون الدستور والقوانين، وبأن أحرص على التقيُّد الصادق بهما، وبأن أُدافع عن الاستقلال القومي للبلد وعن وحدة أراضيه وبأن أحمي حقوق وحريات اليونانيين..).

ومؤدى النص المتقدم أن رئيس الجمهورية اليوناني لا يُمكن أن يكون إلا مسيحيًا أرثوذكسيًا وفقًا للديانة السائدة في اليونان، وذلك تبعًا لطبيعة القَسَم الذي أوردته (المادة الثالثة والثلاثين)، ولو كان يحق لكل مواطن أيًا كانت ديانته ومذهبه ترشيح نفسه لرئاسة الجمهورية لتُعقب البند المشار إليه بنص يسمح بأن يؤدي المواطن غير المسيحي قسَمًا وفق شكل ديانته، كما وقع في ذات الدستور بشأن أعضاء البرلمان التشريعي، حيث نص (البند الأول) من (المادة التاسعة والخمسين) منه على أن: (يُؤدي أعضاء البرلمان - قبل الاضطلاع بأداء واجباتهم - في قاعة البرلمان وفي جلسة علنية القَسَم التالي: أُقسم باسم الثالوث المقدس ذي الطبيعة المشتركة الذي لا

انفصام فيه بأن أظل مؤمنًا ببلدي وبشكل الحكم الديمقراطي، وبطاعة الدستور والقوانين، وبأداء واجباتي بواعز من الضمير)، ثم نص (البند الثاني) من ذات المادة على أن: (يُؤدي أعضاء البرلمان الذين يعتنقون ديانة أو عقيدة مختلفة نفس القَسَم وفقًا لشكل ديانتهم أو عقيدتهم)، فدلت المغايرة بين قسَم رئيس الجمهورية وقسَم أعضاء البرلمان على أن رئيس الجمهورية اليوناني لا يمكن أن يكون إلا مسيحيًا أرثوذكسيًا[1].

---

(١) وبالمثل من الدساتير الشرقية التي حظرت أن يكون رئيس البلاد من غير المنتمين لديانة الدولة الرسمية (الدستور الإيراني) الذي نصت (المادة الحادية والعشرين بعد المائة) منه على أن: (يُؤدي رئيس الجمهورية في جلسة لمجلس الشورى يحضرها رئيس السلطة القضائية وأعضاء مجلس الرقابة على الدستور القَسَم التالي: بسم الله الرحمن الرحيم، أُقسم في وجود القرآن المجيد وشعب إيران، باسم الله العلي العظيم بأنني سأحمي ديانة البلد الرسمية ونظام الجمهورية الإسلامية ودستور البلد، وأنني سأكرِّس كل قدراتي وإمكانياتي لأداء المسؤوليات التي توليتها، وأنني سأتفانى في خدمة الشعب وشرف البلد والدعوة إلى الدين والأخلاقيات ونصرة الحق والعدل، والامتناع عن أي نوع من السلوك التعسفي، وأنني سأحمي حرية وكرامة جميع المواطنين والحقوق التي منحها الدستور للشعب، وأنني سأتخذ أي تدابير ضرورية فيما يتعلق بحماية حدود البلد واستقلاله السياسي والاقتصادي والثقافي، وأنني سألتمس العون من الله، وأتبّع نبي الإسلام والأئمة المعصومين سلام الله عليهم . .). =

كما جرى نص (البند الثالث) من (المادة الأولى) من (الدستور الدانماركي) على أن: (الكنيسة الإنجيلية اللوثرية هي الكنيسة المعترف بها في الدانمارك)، وفيه أيضًا: (يكون الملك من أتباع هذه الكنيسة الإنجيلية اللوثرية).

وتنص (المادة السادسة) من (الدستور الإسباني) على أن:

= وفي شأن اليمين الذي يؤديه أعضاء السلطة التشريعية (مجلس الشورى) نصت (الفقرة الأولى) من (المادة السابعة والستين) منه على أن: (يُؤدي أعضاء المجلس في الجلسة الأولى للمجلس القَسَم التالي: بسم الله الرحمن الرحيم، أحلف بالله العلي العظيم، في وجود القرآن المجيد، وأتعهد قسَمًا بشرفي كإنسان بأن أحمي قدسية الإسلام وأصون منجزات ثورة الشعب الإيراني الإسلامية وأُسس الجمهورية الإسلامية، وأن أحمي كوصي عادلٍ الشرف الذي أنعم علي به الشعب، وأن أتقيد بالتقوى في أداء واجباتي كممثل للشعب، وان أظل ملتزمًا دائمًا باستقلال البد وشرفه..)، ثم أردفت (الفقرة الثانية) من ذات المادة: (ويحلف الأعضاء الذين ينتمون إلى الأقليات الدينية بالكتب المقدسة الخاصة بهم أثناء أداء هذا القسم)،.

فدلت المغايرة بين المادتين على أن رئيس الجمهورية الإيرانية لا يمكن أن يكون إلا مسلمًا اثني عشريًا جعفريًا منوط به حفظ وحماية الديانة الرسمية والمذهب الرسمي للدولة الإيرانية الذي حددته (المادة الثانية عشرة) من (الدستور) حيث نصت على أن: (الديانة الرسمية لإيران هي الإسلام، ومذهبها هو الإثنا عشرية الجعفرية، ويظل هذا المبدأ ثابتًا إلى الأبد..).

(على الدولة رسميًا حماية اعتناق وممارسة شعائر المذهب الكاثوليكي باعتباره المذهب الرسمي لها)، وتنص (المادة التاسعة) من ذات الدستور على أن: (يكون رئيس الدولة من رعايا الكنيسة الكاثوليكية).

وكذا نصت (المادة الرابعة) من (الدستور السويدي) على أنه: (يجب أن يكون الملك من أتباع المذهب الإنجيلي الخالص)، وفيه أيضًا: (يجب أن يكون أعضاء المجلس الوطني من أتباع المذهب الإنجيلي).

وينص (البند الرابع) من (قسم حرية العقيدة) في (الدستور الإنكليزي) على أنه: (ليس هناك مانعًا على أساس ديني من تقلد المناصب العامة، ما عدا منصب السيادة العليا للدولة الذي يجب أن يكون صاحبه بموجب القانون بروتستانتيًا، وكنيسة انكلترا وكنيسة اسكتلندا هما الكنائس الرسمية المقررة لمراسم الدولة ذات الطابع ديني)، وفي (المادة السابعة) من وثيقة الحقوق الإنكليزية: (يُسمح لرعايا الكنيسة البروتستانتية بحمل السلاح لحماية أرواحهم في حدود القانون).

فالنصوص المتقدمة وغيرها تدل دلالة واضحة على أن واضعي هذه النصوص أرادوا معان مقصودة ومحددة ذات مرجعية مذهبية

دينية، سواء من جهة اختيار الحاكم أو الملك أو غيرهما، أو من جهة المذهب الرسمي للبلاد، ومع ذلك لم يدع أحدٌ أن هذا ينافي حقوق المواطنة أو ما شابَه ذلك.



خـاتـمـة

إن مصر دولة عربية إسلامية عريقة بحكم التاريخ والواقع، وقد كان الإسلام في مختلف العصور منذ فتحها ذا دور كبير في تحديد واقع شعبها الاجتماعي حتى عُد أهم مقومات المجتمع المصري، وهو ما فرض نفسه على كافة دساتير الدولة المتعاقبة حيث نصت موادها الأولى دومًا على أن الإسلام دين الدولة، ولذا فإن الرجوع إلى التشريع الإسلامي قد بات ضرورةً قصوى حتى لا تكون ثمة فجوة بين طبيعة واقع الأفراد الاجتماعي وبين القوانين التي تحكمهم، فلا ريب أن القانون ينبغي أن يعكس بصدق أحوال المجتمع الثقافية والفكرية، فقانون أي أمة هو مرآة أحوالها المادية والفكرية والاجتماعية، وإذا كان من المفترض أن يكون القانون هو مصدر سعادة كل مجتمع ونهضته كما يقول فلاسفة القانون، فإنه لن يكون كذلك إذا لم يحقق متطلباتهم وآمالهم الثقافية والفكرية والمادية التي تُمليها طبيعة بيئتهم الدينية والاجتماعية، بل سيكون وبالًا عليهم، وسيكون مصدرًا لتعاستهم وشقاوتهم لا إسعادهم ونهضتهم، إذ كُل فرد أسير قيمه ومبادئه الدينية والاجتماعية، وهي أعلى عنده من أي تقنين وتشريع، وما يدفعه إلى احترام أي قانون عادل إلا عدالته، ولا

يدفعه إلى انتهاك أي قانون ظالم إلا ظلمه وجوره.

يقول الدكتور غوستاف لوبون الفيلسوف الفرنسي الشهير (١٨٤١ : ١٩٣١م): (وإذا أردنا أن نعبّر عن العوامل التي يخضع الإنسان لها في حركته تعبيرًا بسيطًا قلنا إنها ثلاثة أنواع: أولها وأشدها تأثيرًا عامل الأجداد، والثاني تأثير الوالدين، والثالث تأثير البيئة، وقد ظن بعضهم أن هذا الأخير هو أشدها فعلًا وهو في الحقيقة أضعفها، لأن البيئة وما يندرج تحتها من المؤثرات المادية والمعنوية التي تعمل في الإنسان مدة حياته وعلى الأخص في زمن التربية لا تُؤثر فيه إلا أثرًا ضعيفًا، وإنما يعظُم أثرها إذا توالى بالتناسل زمنًا طويلًا، وعلى ذلك فالرجل ابن أمته دائمًا مهما كان عمله، ومجموع الأفكار والمشاعر التي يأتي بها أفراد كل أمة يوم يولدون هي روح تلك الأمة، وهي خفية في ماهيتها، لكنها ظاهرة ظهورًا كليًا في آثارها، لأنها هي الحاكمة في الحقيقة على تطور الأمة)[١].

وإذا كانت التقنينات الوضعية قد أصلت لمناهجها وفقًا للقواعد والنظريات التي درج شُراح القوانين على إدراجها في القسم العام منها، فإن الفقه الإسلامي أيضًا قد سبق إلى كثيرٍ من هذه النظريات والقواعد على أساس أحكام القرآن الكريم أو السُّنة المطهرة أو

(١) سر تطور الأمم (٢٠: ٢١).

الاجتهاد الفقهي، سواء من حيث نطاق التشريع وتطبيقه من حيث الزمان والمكان، وكذلك أركان الجرائم وإثباتها وشروط المسئولية الجنائية والاشتراك في الجريمة وأسباب الإباحة وتنفيذ العقوبات وأسباب وقفها، بما يُعد في الحقيقة سبقًا علميًا لعلماء المسلمين منذ قرون في مجال التشريعين الجنائي والعقابي، والحقُ أنه لا مجال للمقارنة بحال من الأحوال بين ما شرَّعَ الله العليم الحكيم، وما قنن البشر القاصرة عقولهم، المحدودة أفهامهم، المشوبة بتسلط الهوى والشهوة، لا مجال للمقارنةِ بين شرعٍ رباني سماوي محكمٍ ثابتٍ لا يتبدل ولا يتغير، وبين قانونٍ وضعي بشري دائم التبديل والتعديل، ومن أحسنُ من الله حُكْمًا لقوم يوقنون.

هذا وبالله التوفيق والحمد لله

وصلَّ اللهم وسلم على نبينا محمد

وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا

ثبت المراجع

(مرتبة ترتيبًا أبجديًا)

١- «الإسلام منهج حياة»، الدكتور فيليب حتى، ترجمة: الدكتور عمر فروخ، دار العلم للملايين (بيروت)، الطبعة الثالثة **١٩٨٣**م.

٢- «إعجاز التشريع الإسلامي»، محمد وفيق زين العابدين، دار السلام (القاهرة)، الطبعة الأولى **٢٠١٣**م.

٣- «إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان»، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر قيم الجوزية (٦٩١ : ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة (بيروت)، الطبعة الثانية **١٩٧٥**م.

٤- «تأديب مستشار .. قصة صراع مع السلطة»، القاضي محمود عبد الحميد غُراب (**١٩٣٥** : **١٩٩٣**م)، المكتب المصري الحديث، الطبعة الأولى.

٥- «التشريع الإسلامي في دراسات أعلام الغربيين»، مجلة الأزهر، المجلد الرابع والعشرون، الجزء السابع، رجب **١٣٧٢**هـ (مارس **١٩٥٣**م).

٦- «حكمة التشريع وفلسفته»، علي أحمد الجرجاوي، دار الفكر (بيروت)، الطبعة الرابعة **١٤٢٩**هـ.

٧- «دراسات في حضارة الإسلام»، هاملتون الكسندر جب Hamilton Alexander Gibb (١٨٩٥ : ١٩٧١م)، ترجمة: الدكتور إحسان عباس، الدكتور محمد يوسف نجم، الدكتور محمود زايد، الهيئة المصرية العامة للكتاب (القاهرة)، الطبعة الأولى ٢٠١١م.

٨- «دستور جمهورية مصر العربية».

٩- «سر تطور الأمم»، الدكتور غوستاف لوبون (١٨٤١ : ١٩٣١م)، ترجمة: أحمد فتحي زغلول باشا، تحقيق: الدكتور أسعد السحمراني، عدنان حسين، دار النفائس (بيروت)، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ.

١٠- صحيفة الإخوان المسلمين، العدد ٤١، السنة الرابعة.

١١- صحيفة المصريون الإلكترونية، ١٥ فبراير ٢٠١١م.

١٢- صحيفة اليوم السابع، ٢٥ فبراير ٢٠١١م.

١٣- «في تاريخ التشريع الإسلامي A. History of Islamic Law»، الدكتور نويل ج. كولسون N. J. Coulson، ترجمة وتعليق: الدكتور محمد أحمد سراج، دار العروبة (الكويت)، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

١٤- «قالوا عن الإسلام»، الدكتور عماد الدين خليل، الندوة العالمية للشباب الإسلامي (الرياض)، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

١٥- «كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم»، محمد بن علي بن محمد حامد الحنفي التهانوي (متوفى سنة ١١٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور علي

دحروج، ترجمة: الدكتور عبد الله الخالدي، مكتبة لبنان ناشرون (بيروت)، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

١٦- مجلة الحوار المتمدن، ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٦م، ١٩ فبراير ٢٠٠٧م.

١٧- مجلة نيوزويك، ١ مايو ٢٠٠٧م.

١٨- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العُليا المصرية لسنوات ١، ٩، ١٤، ١٥، ١٦، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٨ قضائية.

١٩- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية لسنوات ٤٣، ٤٥، ٤٨، ٥٥، ٦٢ قضائية.

٢٠- مذكرة نيابة النقض (القسم المدني) في الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٦٠ ق.

٢١- «معجم اللغة العربية المعاصرة»، الدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر (متوفى سنة ١٤٢٤ هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

٢٢- «معجم المناهي اللفظية ويليه فوائد في الألفاظ» الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، دار العاصمة، الطبعة الثالثة ١٤١٦هـ.

٢٣- «المعجم الوسيط»، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

٢٤- «الموافقات»، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي (متوفي سنة ٧٩٠ هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٩٩٧ م

كشاف الموضوعات

معركة الشريعة في الدستور

لقد طغى في بلادنا الاستعمار السياسي وجاءنا معه الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي .. رحل الاستعمار السياسي مُخلفًا الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي ، ومع استسلام الشعوب الإسلامية لهذا النوع من الاستعمار ترسخت فكرة أن الأنظمة الثقافية والفكرية والتشريعية للدولة الغربية أفضل من النظام الإسلامي ، بل صارت الأنظمة الغربية هي المقياس الحضاري الذي تُقاس عليه أنظمة الشريعة ، وانتقلت هذه الفكرة من جيل إلى جيل ، ووقفت حائلًا دون العودة إلى النظام الإسلامي ..

ولم تكن معركة مرجعية الشريعة في الدستور المصري إلا مظهرًا من مظاهر هذا الصراع الثقافي والفكري والتشريعي ، بل هي أهم مظاهره ، فقد استمرت لنحو تسعين عامًا منذ دستور 1923 م الذي أنشأ النص على أن : (الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية) ، ولم يزل هذا النص بين زيادة ونقصان ، شد وجذب ، تأييد ومعارضة في كل تعديل دستوري يلحق بدستور مصر ..

وهذا الكتاب ما هو إلا مساهمة في بيان التطور التاريخي لمادة الشريعة في الدساتير المصرية المتعاقبة وتفسيرها وأثرها ومعوقات تفعيلها والشُبهات المُثارة حولها ودفعها ، فما كان من توفيق فمن الله عز وجل ، وما كان من خطأ أو سهو أو نسيان فمني ومن الشيطان وكلٌ بقدر الله تعالى ..

محمد وفيق زين العابدين

القاضي بالمحاكم الابتدائية





رمز بريدي ١١١٦٨ / كود ١١٥١١ / ص.ب ١١٢

شارع الأزهر - القاهرة - مصر

www.alqimaree.com

darałqimari darałqimari

دار القمري للنشر والتوزيع